

法規範的「訴訟の目的」とそれをめぐる諸問題(二)

——綜合二元觀による理論体系の整序——

中村 宗雄

第一 序 説

- 一 問題の所在
- 二 綜合二元觀による「訴訟の目的」理論の概説
- 三 学説の系譜的考察の必要

第二 系譜的考察

- その一 一八七七年ドイツ旧民事訴訟法の制定に至るまで
 - 一 事実概念から法規範的概念へ
 - 二 ドイツ普通法末期、私法的訴権説の時代
 - 三 一八七七年ドイツ旧民事訴訟法
- その二 法規範的「訴訟の目的」理論の生成
 - 一 公法的訴権学説による訴訟理論の変貌
 - 二 諸学説の概観
 - 三 学説の推移

法規範的「訴訟の目的」とそれをめぐる諸問題(二)

- その三 対立(前期)二元觀による実体法的「訴訟の目的」理論

- 一 ヘルウィック
- 二 シュタイン
- 三 学説の動向(以上三七卷一・二冊)

- その四 二元觀と一元觀との相剋

- 一 ローゼンベルグ
- 二 レント
- 三 ニーキッシェ
- 四 学説の動向(以上本号)

- その五 一元觀による訴訟法的「訴訟の目的」理論

- 一 シュワップ
- 二 ハープシャイド
- 三 その他
- その六 綜合二元觀による実体法的「訴訟の目的」理論

第三 制度的考察

その四 二元觀と一元觀との相剋

權利保護請求權理論を親柱とするヘルウィック並びにシュタインの訴訟理論は、案外、長期にわたり、そのライバルが現われないで、ドイツの訴訟法学界を支配した。それというのも、引き続き第一次世界大戦(一九一四—一八)となり、戦時中とはより、戦後も久しい間、学問的活動が停頓の状態にあつたことなどにもよることであろう。^(二)一九二三年を峠として、マルクの切換えにより、ドイツの経済事情も、漸く安定の方向に赴いた。しかし翌一九二四年二月には、一般に「民事訴訟法改正律令」といわれる「民事訴訟手続令」(Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 13. Feb. 1924)が制定されたこともその刺激となつて、ドイツ民事訴訟法学界にも、漸く新たな胎動を生じ始めた。

(一) もとよりその間にも、学問的活動が絶えていたわけではない。民法法学の分野においても、終戦直後の一九一九年にザウエルが「民事訴訟法学の基礎理論」(Sauer, W., Grundlagen des Prozessrechts, 1919, Stuttgart)を公刊している。また、民事訴訟雑誌(ZZP)も、一九二一年から二四年にかけて休刊した外、戦中、戦後を通して、とに角、続刊されていた。

一九二四年末に、民事訴訟雑誌の復刊第四九卷第一分冊が刊行された^(一九二二年以来休刊)。シュミットは、その巻頭論文「訴訟法学と訴訟立法」^(三)にて、訴訟法学者の新たな活動の開始を詳細に報じている。続いて、ローゼンベルグの「民事訴訟における法律上の観点の変更」^(四)がある。これは、法律の適用が、元來、裁判所の専權に属するとの原則から出発して、裁判所による法律適用の限界^(その法律上の観点の変更)について述べたものであつて、後における彼の「訴訟の目的」理論の根底をなすものである。また、第五一卷(一九二五年)には、グローが、「司法行為請求權」^(四)と題する論文がある。これ

は、伝統の権利保護請求権理論に対抗するものであつて、裁判権から出発した訴訟理論であり、訴権をもつてもつぱら訴訟法的性格のものと解する。この考え方が権利保護請求権説に代わるものとして、その後の訴訟理論を強く支配してゐる。

(一) Schmidt, R., Prozesswissenschaft und Prozessgesetzgebung, Z郑. Bd. 49, (1924/5), Heft 1, S. 1 ff.

(三) Rosenberg, L., Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozeß, Z郑. Bd. 49, Heft 1, S. 38 ff.

この論文の梗概が、当時、中田教授によつて紹介されてある(法叢二九卷三号四三九頁以下)。

(四) Groh, W., Der Anspruch auf Rechtspflege (Justizanspruch), Z郑. Bd. 51, 1926, Heft 3/4, S. 145 ff. 詳しくは民

訴法原理一卷三一五頁以下、民事訴訟原理第一冊一八二頁以下参照。

続いて一九二七年に、ローゼンベルグ教科書第一版が現われた。この書で、ローゼンベルグは、グローの説を容れ、「訴訟上の請求」については、ヘルウィックとシュタインの学説を掲ぎ合わせたような見解が述べられてある(後述)。なお、「訴訟の目的」に関しては、ローゼンベルグには、別に小論文(一九三一年)があり、またレント、ニーキッ
(五) シュ、マイヤーなどが、それぞれの立場から論じている。

(五) これ等の学説については、訴と請求並びに既判力(昭和三六年増補版)第一部で論評した。

「訴訟の目的」である「請求」が何であるかにつき、ヘルウィックとシュタインとの間には、問題把握の態度乃至方法に差異があつた。しかししてヘルウィックは、これを「権利主張」(Rechtsbehaftung)としてゐるのに対し、シュタインは、これを「法効果」(Rechtsfolge)だとするが、なお、「権利保護の要求」(Rechtsschutzbegehren)と同

義に解している場合あることは、既に述べたところである。新たな学説においても、この二つの系統が、相対立し、また交錯していることを見出す。

尤もヘルウィック並びにシュタインの訴訟理論は、ともに権利保護請求権説を背景とし、訴訟をもつて実体法上の権利主張の「場」とする。従つて「訴訟の目的」となるところのものは、実体法上の「権利関係」であり、また、それにもとづく「訴訟上の請求」^(「権利主張」な「法効果」)なのであつて、権利保護要件は、原告の「訴訟上の請求」を容認するための要件となる。すなわち実体的訴権理論である。^(六)しかしてこれに対する司法行為請求権説は、訴権の発生根拠を、もっぱら訴訟法に求め、実体法とは無関係のものとする(形式的訴権)。従つて訴権の発展を規整する「訴訟要件」は、この学説によれば、本案判決の要件となるが、しかし訴訟法の定める形式的な要件に止まり、実体法とは全く関係しない。それは、もっぱら判決から出発する訴訟理論となつている^(この点、シュタインの「訴訟の目的」理論に共通するものがある)。訴訟法的一元観の理論である。このような訴訟観が現われてくると、「訴訟の目的」に関しても、おのずと新たな視角から、問題の検討が行われることにならざるをえない。

(六) それにしても、ヘルウィックは、その理論の出発点を訴権に求め、シュタインは、これと対蹠的に判決から出発している(前出)。司法行為請求権説は、シュタイン学説と、その思考のヴェクトル(方向)を同じくする。ただ、実体法的モメントを捨象して、純形式理論となつてゐるところが異なる。

ヘルウィック並びにシュタインによつて代表せられる二元観の「訴訟の目的」理論は、実体法にその発生根拠をおく「請求」が、「訴訟の目的」となることにより、訴訟法的^(ないし「訴訟的」)性格をもつものとしていた。ところが、この時

代になると、「訴訟の目的」をもつて「請求」としているが、前述したような訴訟観の下に、(1)「訴訟の目的」を「判決の対象」と規定し、それが何であるかを探し求める態度に変わった。しかし(2)「訴訟の目的」たる「請求」は、「判決」の対象となるのであるから、本来的に、それが訴訟法的性格のものとする。この点、訴訟法的一元観の立場にあるが、なおこの時代の学説は、実体法との関連において、それが何であるかを見出そうとする。ここに二元観を脱し切れないものがある。(3)二元観であるから、実体法と訴訟法との関係が問題となる。しかしその関係のつけ方に各学説の特長があるといえよう。

要するに、この時代の「訴訟の目的」理論には、二元観が訴訟法的一元観の方向に赴いて、未だ徹底していない。「二元観と一元観との相剋」がある(「訴訟の目的」以外の問題につづ)。しかしその主な学説については、既に検討したこともあるので(前註)、ここでは、それと別個の立場から思想系譜的に学説の跡を辿り、巨視的な考察と批判とを加えることにする。そのためには、この時代の代表的な学説を素描しておく必要を感じる。

一 ローゼンベルグ (Leo Rosenberg)

ヘルウィックの門下であるが、そのとるところの司法行為請求権の思想を媒介として、シュタインの学説に強く影響されている。むしろこれが、その理論の骨組みとなつているといえよう。

1) Rosenberg, L., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin, 1927.

一九二七年に「教科書」第一版が発行され、一九三一年に増補第三版となつた。終戦後一九四九年に増補第四版の現われるまで、この増補第三版が定本とされていたが、本稿の主題である「訴訟の目的」に関しては、第一版と殆ん

ど変るところがない。以下、第一版の外、第三版についても、引用個所の頁数を掲げておく。

(一) 「訴訟の目的」について。ローゼンベルグは、まず通説に従い、それは多義に解されているが、通常「請求」を意味せしめているとする。しかして「訴訟法上の請求」が「純訴訟的概念」(rein prozessualer Begriff)であること、また、それは、民訴法においては「権利」(subjektives Recht)ではなく、「抗弁」(Einrede)と相似たものとして「法律要件」(Tatbestand)であること(§87 I, 2, b. S. 238. 3. Aufl. S. 271)。

(七) 訴訟上の意義における請求 (Anspruch im prozessualen Sinne) 民訴法の請求 (Anspruch der ZPO) また、訴訟上の請求 (prozessualer Anspruch) など、すべて同義に使用している。このような用語の不統一は、「訴訟上の請求」についての概念の不整序を示す (本稿「二」三九頁、註二)。

(八) 「訴訟の目的」となる「請求」をもつて、「実体的訴の要件」とするヘルウィットの理論が、そのまま受け継がれている。

続いて、訴訟上の請求概念を規定するには、裁判官の任務に対する原告の任務 (Aufgaben des Klägers) を限界づけることが、決定的であるとする。原告は、判事に対し、事件の単なる事実関係 (Tatsachenkomplex) を開示するのみにて、それからいかなる法効果が引き出されるかを裁判官の判断に委しうるものでない (実体化説の排斥)。原告は、一定の法効果 (権利若しくは法律関係) の存否を主張し (in Anspruch nehmen) ことによって「権利主張」(Rechtsbehauptung) 若しくは「法効果の主張」(Rechtsfolgebehauptung) を開示することを要する。しかして裁判官は、原告の主張する法効果が発生し、かつ存続するか否かを判断す (§87 II, 1, a. S. 238. 3. Aufl. S. 272)。

このように説明して、最後に「訴訟の目的」すなわち「民訴法の請求」を定義して、「法効果」の既判力ある確定

に向けられたる要求 (das auf rechtskräftige Feststellung einer Rechtsfolge gerichtete Begehren) であり、この要求は、既になされたところの申立並びにその申立の理由として陳述されたところの「事態」(Sachverhalt) によりて標識される (gekennzeichnet wird) と結んでいる (§87 II, 2, S. 240/1, 3. Aufl. S. 274)。

この定義において、ローゼンベルグは、「法効果」の確定に向けられた「要求」(Begehren) をもつて、「訴訟上の請求」だとする。これは、シュタインの流れを汲むで、さらにそれ以上のものである。シュタインは、「請求」をもつて直ちに「要求」(裁判所に対する) だとはしていない。シュタインを継いで、「請求」概念をさらに訴訟法化したものといえよう。(九)

(九) 以前から存在する考え方である。シュタインと時代を同じくして、既に、訴訟法上の意義における「請求」をもつて、判決に向けられた「原告の要求」(das Begehren des Klägers) とした著書を見出す。Kann, R., Die Zivilprozessordnung (Kommentar), Berlin, 1913, Bd. I, §145, note 2, aa. §253, note 1, C, §260, note 1.

なお、ローゼンベルグの外、この時代のもので「訴訟上の請求」をもつて「要求」(Begehren) とするもの、レント (ZfP, Bd. 57, S. 4) シュタイン・モナス (Komm. 17. Aufl. zu §253, III, 2.)、ライフェル・ワルステン (Komm. I, S. 385) などがある。訴訟上の請求をもつて、本来的に訴訟法的性格をもつとすることの当然の帰結といえよう。ニーキッシェは、これに反対し、権利主張だとしている (後述)。

しかしこの定義に至る論理の運び方は、ヘルウィックに近似し、「請求」が、訴訟においては、「法律要件」となり、その内容を「権利主張」だとする。ところが、他方、シュタインに傾斜して、「権利主張」を「法効果の主張」に置

きかえ、それを同義のものとし、結局、この「法効果」の既判力ある確定に向けられた要求をもつて、訴訟上の請求だとしている。ここに、視角の転換が見出される。

ヘルウィックにおいては、「請求」とは、一定の請求原因にもとづく実体的な「権利主張」であり、「請求」と「請求の原因」とは切り離されていない。ローゼンベルグは、これと異なる。「訴訟の目的」となる「法効果」は、「民法の概念に再現 (wiedergeben) されえないものである」 (§ 87, II, 2, S. 240) という。それは、「請求の原因」(法律要件) から切り離された単なる「法効果」が、「訴訟の目的」(訴訟上の請求) ということである。「請求の原因」(法律要件) から切り離された「権利主張」は、「法効果の主張」以外の何ものでもない (従つて、両者を同一視する)。

シュタインは、「訴訟法上の意義における請求」をもつて「法効果」だとした。しかしそれが実体法上の法律要件の充足にもとづくものとし、その成立において「請求の原因」から切り離していない。ローゼンベルグは、この点においても、シュタインから、さらに一步を進めている。「請求」から切り離された「請求の原因」に実体法的モメントを送り込むのが、彼の「請求原因論」であり、そのため二元観の方向に赴いて、それに徹しえなくなっている。

(二) 「請求の原因」について。ローゼンベルグは、実体化説、個別化説の立場からすれば、中間説とみられる見解をとっている。すなわち訴状に原告は、「請求の原因」としていかなる「請求」(法効果の主張) が提起されるかを知りうる程度に「事実関係」(Tatsachenkomplex) を表示すれば足りるとし、それ以上の記載を不要とする点において「実体化説」を排斥すると同時に、請求する権利関係に専門用語による法律的名称 (die technisch-juristische Benennung) を附する必要があるとして個別化説から離れてゐる (§ 30, II, 2, b, S. 264⁽¹⁰⁾ § 30, I, 2, b, S. 267⁽¹¹⁾)。

(二〇) 当事者が「請求の原因」として、所有権、抵当権、契約にもとづく請求、物権にもとづく請求、不当利得等々を記載するのは、「権利の簡明な記述」(eine abgekürzte Beschreibung des Rechtes)に過ぎないのであって、「個別化」というに足らない。申立を正当化するには、それ以上の事実を必要とする。要するに個別化説と実体化説との対立は、何が「訴訟的目的」であるか(事実か、権利主張か)の決定についてではなくして、原告によつて提示さるべき「事実」の「量」(Mass)について存する(Die Veränderung, S. 44/5)。

しかしそれに新たな主張が加わる。ローゼンベルグは、法律の適用が、元来、裁判所の専権に属するとする立場から、「裁判所は、当事者により提出された事実を、すべての可能なるべき法律上の観点(rechtlichen Gesichtspunkt)の下に、根本的に審査すべく、当事者がそれについて、若しくは他の誤れる観点について述べたこと、或いは全く何を主張をしなかつたことには、全く関係しない^(二一)」とする。しかし民事訴訟においては、当事者の申立にもとづいて裁判するのであるから、裁判所の法律上の審査は、原告の「請求」の範囲に限られる^(二二)。要するに「請求の原因」については、裁判所が、原告の「請求」の枠内にて、その主張する事実にもとづき、みずからの「法律上の観点」によつて「個別化」するというにある。これは、「請求の原因」についての法的構成を裁判所の手に収めることに帰する^(二三)。ローゼンベルグは、みずから個別化説の一種としているが、裁判所が「個別化」する点に特異性をもつ。当事者側からみれば、記載の範囲を限定した「実体化説」ということになる^{(二四)(二五)}。

(二一) Rosenberg, Die Veränderung, ZZP, Bd. 49, S. 39. 教科書には、次の如き説明が附加されている。「裁判官は、主張された請求につき、その陳述された主張(Behauptung)及び提起された申立(Anttag)の枠内において、原告が予想した以外法規範的「訴訟の目的」とそれをめぐる諸問題(二)

八三 (三二三)

の他の法的見地 (andern rechtlichen Gesichtspunkt) にもとづいて、それを容認し、よつて原告が考え、また指定したところと異なる私法上の権利若しくは法律関係を確定することができるし、また、場合によりては、そうしなければならぬ」 (Lehrb. 87, II, 1, C, S. 239.; 3. Aufl. S. 272)°

(一一一) Die Veränderung, S. 41.

(一二三) 「我に事実を示せ、汝に法を与える」の原則そのものである。これは、実体法を裁判規範としてのみ評価する学問的態度であり、¹⁾「訴訟の目的」をもつて、もつぱら判決の対象とみる考え方において、シュタイン学説よりも一歩を進めている。

(一四) 「個別化説に似て」 (ähnlich der Individualisierungstheorie) である (Lehrb. 90, II, 2, 6, S. 264.; 3. Aufl. S. 297) である、²⁾「私生活の正当な支持を必要とする個別化説」 (von mir für richtig gehaltene Individualisierungstheorie) である (Die Veränderung, S. 43)°

(一五) ルマンの「実体化」に関する見解と相似たところがある (本稿「一」二〇頁2)°

(三) 請求の特定並びに範囲 (個数) について。 「訴訟の目的」は、^(一六)「事態」 (Sachverhalt) すなわち「法的事実関係」 (Tatsachenkomplex) と「訴の申立」 (Klageantrag) とが合して、それを特定する。しかして「訴の申立」は、「訴訟の目的」が、いかなる目的をもつて、かついかなる範囲において判決の対象とされるかを明確にする役割をもち、^(三) (§ 87, II, 2, a, b, S. 241/2.)°

(一六) 「事態」若しくは「事物 (事件) の容態」とは、単なる「事実」、単なる人の「行動」を指すのではなく、それには「事物」 (die Sache) に対する原初的な価値評価が含まれる。「事態」がどうであるかの価値評価は、場面によつて、おのずからその性格を異にし (倫理的評価、法的評価等々)、また、同一事物も、異なる評価により、異なる「事態」として形相する

(綜合法学四二号昭和三十七年一月号二七頁)。

「訴訟の目的」を特定する「事態」とは、当該「事件」(die Sache)の単なる事実関係(一般に、社会的事実などともいう)ではなく、そのうちの法規範的意味をもつ「事実」の全体を指す。要するに「法律要件」に該当しうる「事実関係」(Tatsachenkomplex)のことである。ハープシチャイデは、「生活事態」(Lebenssachverhalt)を「訴訟の目的」の一分肢(Glied)となすことにより、訴訟法的二元観に立ちながら、「事態」における法的評価を通して、実体法的モメントを、その理論のうちに収めている。このように、「訴訟の目的」、すなわち「訴訟上の請求」が、「請求の原因」として陳述された「事態」と「訴の申立」とによつて「特定」されるところは、同一の「事態」並びに同一の「訴の申立」によつて、常に一個の「訴訟上の請求」のみを生ずることに結果する(^{§87 II, 3a, S. 243.} ^{§3. Anh. S. 277/8.} 従つて同一当事者間における前訴と後訴とが、「事態」並びに「申立」を同一にすれば、重複訴訟となり、後訴に持ち出された「法律上の観点」が前訴において排斥されていたことは、それが重複訴訟であることに關係しない(^(一七) ^{§87 II, 3b, a, S. 244.} ^{§3. Anh. S. 277/8.})。

(一七) 要するにローゼンベルグによれば、「訴の申立」の同一、すなわち「法効果の主張」が同一の場合には、「事態」を同じくする限り、その法効果を導き出だす「法律要件」が異なつても(例、請求権競合)、同一請求ということになる。これに對して、レントの批判がある(後述)。この關係を明かにするため、ローゼンベルグは、「請求の原因」(Anspruchsgrund)と「訴の原因」(Klagsgrund)とを区別し、「訴の原因」をもつて、一個の「請求の原因」に含まれる「事実」についての異なる「法律上の性格付け」(rechtliche Qualifikation)を意味する。結局、それは、「独立シタル攻撃又ハ防禦ノ方法」(独民訴一四六条、日民訴一八四条)を指すとしてゐる(^{§87 II, 2, a, S. 241.} ^{§3. Anh. S. 275.})。

(四) ローゼンベルグは、司法行為請求權説による。この立場の下、「訴訟の目的」たる「請求」をもつて純訴訟法規範的「訴訟の目的」とそれをめぐる諸問題(二)

法的性格のものとし、かつ、もつぱらそれを「判決の対象」とみて、「法効果の確定要求」と定義する。しかしこの「法効果」は、実体法から切り離され、それと無関係のものであるから(実体法上の概念に再、現しえない(前出))結局、「訴訟上の請求」とは、その求める「法効果」を内容とする「裁判の要求」であり、それ以外の何ものでもない。(二八)それをも「法効果の確定要求」というところに問題がある。

(一八) ローゼンベルグは、「要求」(Begehren)の名宛人を示していないが、裁判所であることは、用語それ自体から明かである。ニーキッシュは、裁判所に対する「訴、判決若しくは権利保護の要求」(Klage-, Urteils-, oder Rechtsschutzbegehren)の意とし、ローゼンベルグをその用例によるものとして挙げてゐる(Nikisch, Der Streitgegenstand im ZP. S. 46. amn. 1)。

裁判は、実体法に依拠しなければならない。しかしローゼンベルグは、裁判所が「法律上の観点」を定める(verwenden)という。それは裁判所の選める法律を適用すること(Anwendung des objektiven Rechtes)に外ならない(レント)(一九)要するに事件に対して裁判所が法律を適用し、当事者は、その「請求」によつて、裁判所が「法律上の観点」を定める範囲を限定するに止まることになる。訴訟をもつてそのようなものとするのも、一つの立場(訴訟観)であるが、ローゼンベルグは、そこまで徹底していない。訴訟の實際上、当事者は、「請求の原因」として、実体法上の権利根拠を主張するのが通例であり、ローゼンベルグも、それを否定しない(ただ、それに裁判所が拘束されないという)。しかし彼の理論によれば、「訴訟上の請求」の内容をなす「法効果の主張」は、実体法と関連なき訴訟法的性格のものであるから、実体法上の権利根拠は、直ちに訴訟上の請求を容認する根拠とはなりえないわけである。二元観理論として、ここに断層を見出す。この断層が、ややもすれば、二刀流の論法を生み、また、その間の理論的調和のため、一

般性のない個別決定的な解決となつてゐる^(二〇)。ローゼンベルグ学説の欠陥は、遡れば、殆んどそのすべてが、ここに端を発する。

(一九) Lent, Zur Abgrenzung, ZfP, Bd. 57, S. 17.

2) Rosenberg, L., Zur Lehre vom Streitgegenstand, Leipzig, 1932.

ローゼンベルグには、別に「訴訟の目的論」(一九三三年)がある。僅か十七頁の小論文であつて、リヒャルド・シュミットの記念論集に寄稿したものである。教科書^(第三版)に現われた見解が、この主題の下に取りまとめられている。それ以上のものでない。

3) Lehrbuch, 4. Aufl. 1949—8. Aufl. 1960.

終戦直後、教科書増補第四版(一九四九年)が刊行された。各個所に修正・改説があり、「訴訟の目的」についても、「要求」(Begehren)を「権利主張」(Rechtsbehauptung)に改めた。これは、後述するニーキッシュの批判などにもよるのであらう。ところが第六版(一九五四年)で、さらに「権利要求」(Rechtsbegehren)と改められた。シュワップの訴訟法的「訴訟の目的」理論に影響されたといわれている。その他、修正の主な点については「訴と請求並びに既判力」増補(昭和三三年)の補説七二頁以下を参照されたい。

これ等の修正・改説は、訴訟観の動揺による。しかし全体として、訴訟法的一元観の方向に赴いたといえよう。ローゼンベルグは、勝れた解釈学者(Kommentator)である。それだけに基礎的問題の思弁に望蜀の感を禁じえない。その訴訟理論の各所に、欠陥ないし不徹底を内在せしめ^(二一)、また、容易に訴訟観の動揺となり、学説の修正、交錯を来

たすゆえんと思われる。

(二〇) ローゼンベルク学説の欠陥については、以上述べた外、民訴理論の再構成一九三頁以下。訴と請求五五頁以下。

二 レント (Friedrich Lent)

元来、実体法畑の学者であるが、第一次世界大戦後の訴訟法学界の風潮に押され、訴訟法独自の立場から、「訴訟の目的」に関する理論を構成した。しかし第二次大戦後、実体法と相結ぶ方向に転じている。しかしその思想的動搖には、学問方法論的反省による面を見出す。一九六〇年(昭和三五年)四月三〇日ミュンヘンにて逝去(民訴雑誌第七冊二八〇頁以下)。

1) Lent, F., Zur Abgrenzung der Anspruchsmehrheit von der Mehrheit der Klagegründe, ZRP. Bd. 57, 1933, Heft 1. S. 1. ff.

レントは、民訴雑誌第五七卷(一九三三年)に、「『訴の原因』の複数に対する『請求の複数』の限界づけについて」と題する論文を発表した。これは、ローゼンベルグの「訴訟の目的」理論が、一個の請求(単一請求)の範囲を不当に拡大するとなし、その限界づけについて詳論したものである(全文七六頁)。「請求」の意義に始まり、「訴訟の目的」の複数、訴の併合に及んでいる。^(二一)

(二二) レントは、この当時、未だ教科書を著わしていない。しかし著明な論文がある。Lent, F., Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess, Leipzig, I Band (1912), II Band (1916)

(二一) 「請求」の単複から説き起し、複数の「原因」(Begründung)をもつ単一の請求と複数の請求との間の差異は、「請求」の概念から導き出されなければならない。訴には、給付の訴の外、創設並びに確認の訴があるので、

「民訴法の意義における請求」が、「民法の意義における請求」と同一でありえないことは確かである⁵²⁵。すべての類型の訴に共通するものは、原告から何ものかを裁判所に「要求する」(etwas vom Gericht begehrt)ことであつて、実体法上の権利が、相手方(債務者)に対するのと本質的な差異がある。給付の訴においても、原告は、被告の給付を求めるのではなくして、裁判所の行為、すなわち判決を求める。給付の訴においても、「実体的請求権」は、「訴の要求」(Klagebegehren)の基礎をなすに過ぎない⁵²⁶。

されば「訴訟法の意義における請求」は、「訴の要求」(Klagebegehren)と同義であり、それは裁判所の裁判を対象とする。従つて「請求」の単数・複数は、その要求する裁判の単数・複数ということになる⁵²⁷。

次に要求された裁判の単数・複数であるが、これは、その裁判の内容によつて限界づけられる。これには原告が裁判所に対し、何を求めるかが、決定的な基準となる⁵²⁸。しかして裁判所は、原告の「申立」(Antrag)により裁判するのであるから、裁判(の内容)、従つてそれを要求する「請求」の単数・複数は、この「申立」における原告の「主張」(Behauptung)の単数・複数にかかることになる⁵²⁹。

しかして訴訟における原告の「主張」の内容であるが、訴訟法はそれを「事実」に限定していない⁵³⁰。既判力ある確定の対象は、単なる「事実」若しくは「法律要件」ではないのであつて、法律は、原告に対し、一定の「法効果」を主張し、その容認を裁判所に要求すべきことを強制する⁵³¹。

かくして裁判所によつて容認さるべき原告の主張は、「法効果」と関連するのであるから、請求の単数・複数の限界は、原告が単一の「法効果」を主張し、裁判所に対し、その確定を求めるのか、或いは、その複数を主張して、そ

の容認を求めるかによつて定まるとする§ 8。

以上要約したもの、「訴訟法上の請求」は、裁判所を名宛人とする「訴の要求」であり、「法効果」の主張をその内容とすること、及び、「法効果」の数が「請求」の個数を決定することの論証である。しかして問題は、一個の「法効果」の範圍(個数)に移る。

(二) レントは、「事態」(Sachverhalt)が複数の意味をもつ場合、「訴」の在り方に三つの型の事例があると^(三)、そのうち請求の単数・複数に関連する第三の場合を詳論している§ 10。それは、原告が一個の「事態」から生ずる同一内容の「請求」のすべてについての裁判を望まないと同時に、裁判を求める「法効果」を特定しない。すなわち「事態」を提示して、複数の「法効果」を主張するが、一個の「判決の申立」をなすのみで、その申立を許容する根拠となすべき「請求」の選択を裁判所に委した場合である。

(二) 第一、原告が、複数の請求を引き出しうる広い事態にもとづいて、それ等のすべての「請求」を明示的に主張する場合、申立が複数だから、当然、請求も複数となる。第二、原告が、多義的な「事態」を持ち出すが、それから単に一個の特定した「請求」を引き出すだけで、他の「請求」を主張しない場合、申立が単一であり、一個の「権利主張」のみがなされているから、疑いもなく、一個の「請求」があるに止まる。なお、この場合、裁判所が、原告の主張しない他の請求にもとづき、原告の申立を許容しないのか、すなわち原告が主張し、確定を求めた(所有権請求)とは異なる他の権利(占有権請求)を確定しうるか否かについては、見解の相違がある§ 9/10。ローゼンベルグが、裁判所は法律上の観点の決定について、当事者の主張に拘束されないと立場において(前出)、この問題を肯定することに、レントは反対する(後述)。

この問題の解決には、訴訟法が、原告に対し、その「権利主張」について何を要求しているかが決定的であるs.14。民訴法が、訴につき、「請求の目的物並びに原因の開示」と「一定の申立」とを必要としているのは(独民訴二五三条、単に「訴の要求」ばかりでなく、それを根拠づける実体権の成立並びに内容を確定するがためである。それなるが故に、訴^{「訴状」を}_{いう。筆者}をもつて「特定する書面」(bestimmenden Schriftsatz)と云う。

この民訴法の要求を仔細に観察するならば、訴訟法により、原告が、「訴訟の目的」の特定のために提出しなければならぬところのものは、恰も実体法により、実体権の個別化のために必要とされている。実体法においては、権利の一義的確定のため、目的物、原因並びに内容の開示を必要とすることを原則とし、民訴法が、原告に対し、「提起シタル請求ノ目的物及ヒ原因ノ開示」並びに「一定ノ申立」を要求するのと一致している。この一致は、決して偶然のものではない。わが訴訟法は、原告に対しその主張する実体的法効果の「個別化」を要求するs.14。

しかししてこの「個別化」は、「専門用語による名称を用いること」(Gebrauch technischer Bezeichnungen)とは無関係に行われるs.15。当事者が、成文法において使用される「定型的表現と名称」(Formulierungen und Bezeichnungen)を使用する必要があることに異論はない。だが法律上の紛争に対する「裁判」の基準となる「規範」を発見することが、裁判所の任務なのであるから、当事者の主張につき、正しき専門用語による名称を発見し、当事者の引用を正確な法律用語に置き直すことも、裁判所の任務でなければならぬs.15。

裁判所は、当事者が、専門用語による名称を用いても、それには拘束されない。当事者が、その名称を誤り、また、法律上の術語につき誤解することもあるからであるs.16。

このように、「個別化」と「専門用語による名称」とは、相離れたものであるが、結局において帰一すべきものとする。ただし具体的法効果の一義的な確定は、当然、その法効果を包含する「概念」を特定するものだからである。要するに基準となるのは、専門用語による名称ではなくして、内容とその成立についての記述である。原告の引用に不足があり、また曖昧であるならば、裁判所は、それを補充し明確にさせる権利と義務とをもつ。

かくして原告の陳述が、具体的法効果の一義的な特定に充分であるならば、裁判所は、常に、その法効果を実体法の規範と概念に当嵌む(subsumieren)べき地位におかれる。原告の「権利主張」は、常に民法上の概念に再現されるべき(wiedergegeben ist)ものであり、また、そのようにならなければならない。正にローゼンベルグとは対蹠的である。

以上述べるところ、「訴訟上の請求」の内容をなす「法効果」は、実体法により「個別化」された「法効果」だといふにある。「個別化」の必要、裁判所の職権との関連について、深く検討している。なお、細目にわたつて論及しているが、ここでは省略しておく。

(三)「訴訟の目的」となる「請求」が、「法効果」をもつて、その内容となすという点において、レントは、ローゼンベルグと見解を同じくする。しかし、それを実体法により「個別化」された法効果とする点において、ローゼンベルグと異なる。レントは、次のような見解を携けて、ローゼンベルグ説を反駁している^{12/3}。

(1) 原告の「権利主張」(Rechtsbehauptung)は、「事態」(Sachverhalt)と「申立」(Antrag)とによつて「個別化」され、その主張する具体的法効果は、一義的に確定され、客観的に特定する。従つてその「権利主張」は、実体法の

特定した概念に当嵌められ (subsumieren) 、それによつて実体法上の権利として再現されるべきものとする § 12。

これは、原告の「権利主張」、すなわち、「法効果の主張」が、民法上の概念に再現できない^{前出}とするローゼンベルグの見解に、真向から反対したものである。ローゼンベルグのこの見解は、原告は、その申立により、「単なる法効果」 (bloße Rechtsfolge) を主張するに止まり、実体法にもとづくその「個別化」は、裁判所の権限に属する^{前出}とすることの反面に外ならない。それは、一個の請求の範囲 (は「^{偏数}若しく」^{同一性}) を極めて拡大することとなり、また、裁判所の「法的見地」の決定に、あまりにも広き幅をあたしめることになる。根本的な立場の相違であり、それが、次に述べるような諸点において見解の対立を生ぜしめる。

(2) 裁判所は、主張の「法効果」を、原告のそれと異なる他の規範によらしめることができる。従つて裁判所は、原告の意味したと異なる他の種類の権利を引き出すことも可能である。しかし裁判所は、原告の主張と異なる他の具体的法効果について裁判をすることができない § 11。

要するに、「判決の対象」としての一個の「請求」を把握するに、何をもつて基準とするにかかるとの問題である。裁判所は、当事者により提示された「法律要件事実」 (Tatsachenstücke) のみを基本とし、評価しうべく、かつ原告の申立により標識された法効果と、その内容並びに目的物において一致する法効果についてのみ裁判しうる § 8 というのが、レントの見解である。

裁判所は、前述の枠内において当事者の主張につき、正しき専門用語による名称を発見し、当事者の引用を正確な法律用語に置き直すことができる^{前出}。その限りにおいて、裁判所は、当事者が用いた専門用語による名称には拘束

されない。原告のそれと異なる規範によつて、その「法効果」を引き出すことができる。裁判所の「法律上の観点」の決定には、レントによれば、限界があり、それ以上のものではない。⁽ⁱⁱⁱ⁾

(三三) これに関連して、レントは、「規範の相違が、すべて具体的法効果の個性 (Individualität) を変更せしめるものでもない」とする *S. 13*。これは、原告の主張する具体的法効果の「個性」 (Individualität) を変更しない限りにおいて、適用さるべき規範を変更しようというにある。例えば、原告が「売買」と主張するに対し、裁判所が、それを「請負」と認定するが如し *S. 13*。法効果の個性を変更するが如き法規範の置き換えは、許されない。

レントによれば、一個の「訴訟上の請求」の範囲を決定するものは、「個別化」された「法効果」である。これに対し、ローゼンベルグは、それを個別化されない「単なる法効果」であるとし、かつ裁判所は、「事態」を、すべての「法律上の観点」から審査すべきものとする。その結果、裁判所は、原告が主張し、また意味したと異なる権利を裁判によつて認めることもできることになる。^(三四) レントの反対するところである。

(三四) 前註一一参照。ローゼンベルグの設例に従えば、馬の引渡を求める申立の原因として、被告が原告の既から馬を牽き出し、連れ去つたことを主張するに止まり (*§ 87, II, 1, C. S. 230*)、それが所有権請求か、占有権請求かを特定しない場合 (レントの第三事例、前出)、また、裁判所が原告の所有権請求を否定して、その主張しない占有権請求について審理・裁判する場合 (レントの第二事例、前註二二) などである。

(3) 複数の具体的法効果の下における自由なる選択は、一個の「訴の原因」 (Klagegründen) の下における選択と対立し、「裁判の対象」並びに既判力の内容の特定を意味する。かかる特定は裁判所の権限に属しないから、許され

ない (S. 13)°

これは、ローゼンベルグが、多義的な「事態」から引き出される複数の権利について、そのいずれを審査し、確定すべきか、自由なる選択が裁判所に与えられる^(前註)。それは、単なる「訴の原因」の複数に過ぎない^(前註 一七参照)。とすることに對しての反駁である。

(4) この論文において、レントは、すべての類型の訴に共通するものが、裁判所に對し、何ものかを「要求する」ことであるといひ^(前註)、訴訟法の意義における「請求」をもつて、「訴の要求」(Klagebegehren)と同義 (gleichbedeutend) のものとする^{S. 33}。従つて裁判所がその名宛人 (Adressat) となる。これは、「請求」に内在する実体法的モメントをすべて捨象した考察態度 (訴訟法的一元觀) であると同時に、訴訟法上の「請求」概念をもつばら判決の立場から定立したものである。訴訟法的モメントのみを取り上げていることは、訴訟法的一元觀の立場による考察態度であり、ローゼンベルグが、「訴訟上の請求」の実体法的モメントを捨象し切れないので、それに「權利主張」或いは、「法効果の主張」の内在を認めるのと對比し、さらに徹底している。また、「請求」概念を「判決の対象」として定立していることは、司法行為請求權説の学問的立場である。^(三五)

(二五) この論文では、訴權學說にふれていない。終戦後の「簡約教科書」(Kurz-Lehrbuch) では、權利保護請求權説をとり入れているが、それに対応して、理論構造上の変化がある (後述)。

レントによれば、訴訟法上の「請求」をもつて「訴の要求」とするが、それは裁判所を名宛人として「裁判を要求」することである。この「訴の要求」により、原告は、裁判所に對して「主張」(Behauptung) をなし、裁判所が、そ

れについて裁判する § 33。しかして訴訟法は、原告が単に「事実関係」を陳述するだけでなく、「一定の法効果」(eine bestimmte Rechtsfolge)を要求すべきことを強制する § 36。従つて「訴の要求」とは、「法効果の主張」(レントは、屢々これを「權利主張」ともいう。)ということになる。もとよりこの「法効果の主張」は、訴訟法的性格のものであり、その名宛人は裁判所でなければならぬ。ここまでは、ローゼンベルグと、立論の方法を異にするが、結論としてはその見解を同じくする(しかも詳細な理論が展開されている)。

ところが、レントは、さらに論旨を展開して、訴訟法上の「請求」の内容をなす「法効果」は、実体法により「個別化」された「法効果」であるという § 37。しかもそれを訴訟法的性格のものとする。ここに問題がある。

レントは、訴訟法が、原告に対し、その主張する実体的法効果の「個別化」を要求するという。これには、「訴訟法により原告が『訴訟の目的』の『特定』のために提出しなければならないところのものは、恰も実体法により、実体権の『個別化』のために必要とされている。」すなわち両者がその要請を同じくするということを、論拠とする(前出)。しかし「個別化」は、実体法の問題であり、実体法により「個別化」された「法効果」は当然、実体法的性格のものでなければならぬ。訴訟法の要請に一致するからとて、直ちにそれを訴訟法的性格のものとすることはできない筈である。

レントの論旨は、極めて明快である。しかしその論旨を運ぶ過程において、立場の転換が行われている。初め「訴訟法上の請求」を「訴の要求」と同義とし、さらにそれを裁判所を名宛人とする「主張」だとした。これは、「判決の対象」として「訴訟の目的」を把握する立場からの結論である。ところがその「主張」の内容については、訴訟に

おける裁判所と当事者との間の任務の分担という立場から^{二五}、当事者は、単に「事実」を陳述するだけではならず、「特定の法効果」を主張すべきものとし、さらにそれが、実体法によりて「個別化」された「法効果」でなければならぬとする。あざやかな「立場」の転換であり、これによつて、「訴訟の目的」たる「請求」に実体法的性格を帯有せしめる。しかもその「立場の転換」を論題外として、実体法による「個別化」は、訴訟法の要請と一致すると、それが依然として訴訟法的性格のものとする。論理のカラクリともいふべきものである。

レントの処論は、実体法をその理論の体系内にとり入れているが、もつぱら裁判規範としてであることは、シュタインにおけると同じ。しかし原告の「権利主張」は、民法上の概念に再現せらるべきものであるとし、また、原告の主張する「法効果」は一義的に確定され、裁判所の「法律上の観点」の決定が、それによつて限界づけられるとする。これ等は暗黙ながら或る程度、実体法の社会規範としての機能を認識した理論といえよう。^{二六}

(二六) レントは、原告の主張する具体的法効果の「個性」(Individualität) を変更しない限りにおいて、裁判所は適用される規範を変更しうるとしている(前註二三)。この場合、原告の主張する具体的法効果に、その「個性」を与えるところのものは、実体法の社会規範としての機能でなければならない。

レントは、その旧著、「民法並びに民事訴訟における法条競合」第二卷(一九二六年)にて、法条競合の場合における「訴訟の目的」をもつて実体権(das subjektive Recht)だとしている。^{二七}ところが、この論文(一九三三年)を執筆するに当たつては、司法行為請求権説によつて代表される当時の民訴法学界の風潮に引き摺られ、判決対象論の立場から、「訴訟法上の請求」をもつて、裁判所を名宛人とする「訴の要求」と同義とすることから論旨を展開した。この点、著し

く訴訟法に傾斜しているが、それは、「訴訟法上の請求」をもつて実体権とするレントの元来の学問的立場と矛盾する(この二つの立場が内在するが故に、二元観なのである)。その矛盾を、立場の転換を内在せしめた「論理の展開」によりカバーしたというのが、実相である(ここにも、デーゲンコルプのいがある)。その後の著書において、理論に修正するところがあり、また、最後には、「訴訟の目的」をもつて実体権とする、その元来の見解に立ち戻った(後述)。(二八)しかしレントによりては、対立する二つの立場から生ずる矛盾を畢に克服しえなかつた。対立(前期)二元観理論の宿命ではある。

(二七) Lent, Die Gesetzeskonkurrenz, Bd. II, S. 8 ff.

(二八) Lent, Streitgegenstand und Rechtskraft, (Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei, 1957); Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand, ZZP. Bd. 72, Heft 1/2, 1959.

要するに「訴訟の目的」「訴訟法上の請求」に関するレントの所説は、その理論の出發、従つてその理論の構造において、著しく訴訟法に傾斜している。筆者は、前著、「訴と請求並びに既判力」(昭和二十四年)において、この点をレント学説のメルクマールとして取り上げた。(二九)ローゼンベルグより、さらに訴訟法化した所説と評価したのも、その故である。しかし理論の内容については、もっぱら実体法理に依拠している。レントのこの論文においては、その理論の構造と内容との間に対応しないものがある。

(二九) 訴と請求三四頁註四、六一頁、一五〇頁等。

2) Lent, F., Der Gegenstand der Entscheidung im Zivilprozessverfahren, Juristische Wochenschrift, 64 Jahrgang, 1935, Heft 49, S. 3439 f.

レントは、一九三五年に、当時のナチス司法制度改革案についての私見を「法律週聞誌」に発表した。この論文で、改革案によるならば、「訴訟の目的」は、原告の提示する「事態」(Sachverhalt) ということになると述べている^(三〇)。爾来、ドイツでは、ナチス・イデオロギーに則した司法制度の改革議論に華を咲かせた。^(三一)しかしレントは、その後、これに関する論文を執筆していない。彼が改革案に全面的な賛成をしていなかったことは、この論文の上から読み取れるが、どの程度、時代の波に押されて、それに傾いていったのか不明である。既に時代も変つたのであるから、今さら詮索することもない。この論文は、現在では、彼のアカデミックな労作とは、直接、関連なき時事評論として評価しうるに止まる。

(三〇) 「訴と請求」においては、この所説を引用した(同三四頁註一、六一頁註一本文)。この部分を早稲田法学(第一七巻)に執筆した当時(昭和十三年、一九三八年)、筆者が、レントのこの所説を、改革理論の一翼をなすものとして取り上げたからである。現在となつては、本文に述べた事由の下に、これを切り棄てるのが相当であろう。

(三一) 訴訟法学の体系と訴訟改革理論(昭和一七年)第二部一九八頁以下。

3) Lent, F., Zur Lehre vom Streitgegenstand, ZZP. Bd. 65. 1952. Heft. 5.

レントは、前記論文(1)から約二〇年を隔てて、民訴雑誌第六五巻(一九五二年)に「訴訟の目的論」と題する論文を執筆した。ローゼンベルグ、ニーキッシュを論敵とすることにより、若干の改説がある。理論を運ぶ方向において異なるも、それ等の影響を受けている。

この論文において、「訴訟の目的」を説明しているが、定義を与えていない。まず原告は、一定の裁判を要請すべ

きものであるということから説き起し、「要請された裁判」すなわち「訴の要求」(Klagebegehren)がその内容によつて、「訴訟の目的」を決定するという§. 317。しかして民法は、「一定の申立」を必要とし、これにより、「要求された裁判」の内容が確定するのであるから、「訴訟上の請求」とは「訴の要求」(Klagebegehren)に外ならない。この「訴の要求」すなわち「一定の裁判の要請」には、それに対応するところの実体権が原告に存することの主張が内存する。しかしてこの「権利主張」(Rechtsbehauptung)が「訴訟の目的」の核心(Kern)を構成するという§. 318。前掲(1)の論文で、「訴訟上の請求」すなわち「訴の要求」をもつて「法効果の主張」としたのに対し、ここでは「権利主張」と改めたわけである。

「権利主張」といい、「法効果の主張」というも、大なる差異はない。ともに実体法的内容のものであるが、他方これと「裁判の要請」ないし「訴の要求」と同義のものとして、これに訴訟法的性格をもたしめている。この論文において、「訴訟の目的」は、原告がこれを一義的に確定しなければならない§. 317。また、原告のなすべき請求原因の「個別化」(Individualisierung)とそれに対する裁判所の「理由づけ」(Begründung)とは、二つの異なる事項であり、かつ異なる目的に奉仕するといひ、その間の関係を詳述している§. 321。その他、法条競合の場合における「請求の同一性」(§. 321, f)、請求権競合の場合における「訴訟の目的」と「既判力」との関連§. 323, ff、⁽¹¹¹¹⁾「訴訟の目的」と「事件の実際過程」(Lebensvorgang) (s. 326)等々につき詳細にその見解を述べているが、大体において前論文の立場を追えるものとみられる。しかしその新たなもののうちには、単なる解釈論ではなく、理論の上における重要な若干の推移が見出される。それは、簡約するならば、「訴訟」の特殊性の認識であり、方法論的には「訴訟」

現象の動態的把握とでもいふべきものが見受けられる。

(三二) 別の個所においては「これを（原告の）権利主張の「性格決定若しくは法的整序」（Qualifizierung oder rechtliche Einordnung）としてゐる（S. 322）。前論文では「専門用語による名称の使用」（Gebrauch technische Bezeichnung）或いは「定型的表現と名称」（Formulierung und Bezeichnung）などといえるところのものである。

(三三) 学術用語ではない。何等の価値判断の加わらない「事件の有りの儘の姿」を指す。しかしレントは「これと「事態」（Sachverhalt）と同義に使用してゐるようである（S. 351 f.）。「事態」については前註一六参照。

(一) 「権利主張」が、「訴訟の目的」の核心をなすということから、「訴訟の目的」となるところのものは、「真に存在する」権利（ein wirklich bestehendes Recht）ではなくして、「単に主張された」権利（ein nur behauptetes Recht）だとの結論を導いてゐる（S. 321）。^(三四)

(四) これは、既にニーキッシェの述べたところであつて、しかも詳細にその理由を示している（本稿一一四頁以下）。Nikisch, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1935. S. 17.

遙か以前、ヘルウィックは、「訴」による「請求」をもつて、「請求」の価値的主張であるとし、権利の「実行」からこれと区別した。^(三五)これは、実体法の次元から、「訴訟」における「請求」の本質を解明しようとするものであつて、実体法と訴訟法とを異別の法体系とする二元観の立場と相容れないものである。レントは、それを「訴訟上の請求」の特質、すなわち「訴訟」における「権利主張」の主観性から導き出している。方法論的に一歩を進めているが、しかし権利主張の主観性というだけでは、その「主張された権利」が、「訴訟の目的」となることの説明として不足で

ある。

(三五) Helwig, System, S. 244, 本稿(一)早法三七卷一・二冊五一頁。

現代訴訟制度の下、「事件」(die Sache) そのものでなく、原告により「主張せられた権利関係」が、審理・判決の対象(訴訟の目的)とされるのは、(「乱問主義の下には、「事件」そのものが、審理・判決の対象となる」)「訴訟上の請求」は、原告の主観的な権利主張であるが、それは「定言的仮言判断」(「内ナラバ外ナリ」ではなく、「定言判断」)をナリ的主張であるから、その主張それ自体が、真否の判断の対象となりうる。しかしてそれを審理・判決の対象

(訴訟の目的)とするのが二当事者主義訴訟であつて、裁判所は、原告の主観的な「権利主張」(訴訟上の請求)について審理し、それが客観的法秩序の上から肯認されうるか否かを判決する。(三六)

(三六) 本稿(一)七頁以下。増補、訴と請求並びに既判力補説一六頁。

レントは、この問題を訴訟法の立場から、動態的に把握しようとした。しかし二当事者主義訴訟構造との関係をその視野の外におき、かつそれには階層的な考察が欠けている。そこに、レント学説の方法論的限界が存するといえよう。

(二) 請求の個数(範囲)について、前論文(一)では、「訴訟上の請求」の内容をなす「法効果」をもつて、実体法により「個別化」された法効果だとする立場をとり、ローゼンベルグと対立していた。従つて競合する数個の請求を主張する場合を訴の併合としたのであるが、この論文においては、これを訴訟上、単一の請求(訴訟の目的)とし、ローゼンベルグに同調するに至つた(334)。

しかしその同調は、全面的でない。請求権競合の場合における「訴訟の目的」の単一は、必然的なものではなく、原告の意思とその申立にもとづくもの³³³。従つて原告は、競合せる請求の一個についてのみ申立てることも可能である。また、原告の申立が広く、競合せる請求のすべてを包括する場合であつても、裁判所がその一つのみを判決の基本とし、原告の請求を棄却したときには、他の請求（実体権）に既判力の及ぶべき理由は存しないもの³³⁴。従つて原告は、再訴を提起しうる（この点、ニーキッシン³³⁵）。

以上述ぶるレントの新たな見解は、請求の範囲と既判力の客観的範囲とが、常に一致すべきものとする伝統の訴訟理論からみれば、到底、容れ難いものである。しかし問題は、この両者の範囲を一致せしめなければならない絶対的要請が存するかどうかということである。ローゼンベルグの如く、実体法上、数個の権利主張であつても、同一法効果を主張する場合、それを一個の「訴訟上の請求」とみることには充分の理由も、また、必要もある。しかしそのうちの一つの権利主張を排斥した判決の既判力が全体に及ぶとすることは、審理せざるところに既判力を生ぜしめることに結果する。民事訴訟における当事者主義の理念に反し、到底、容認しえざるところである。

レントの理論は、実務上の要請を取り入れた、概ね結果的妥当の処論といえる。しかしレントは、ローゼンベルグの理論を反駁するに急であつて、自説の正当性を論証する極め手を示していない。要するに、静態的考察にもとづく「訴訟上の請求」の理論的（一般的）個数と、動態的考察にもとづく訴訟手続上の具体的（個別的）個数の区別を意図したものだといえよう。しかしこの両者を区別し、かつそれを組み合わせるに必要な「階層の論理」が欠けている。ここにも、レント理論の限界性が見出される。この点、改めて「第三、制度的考察」において再説するであらう。

(三) レントは、この論文において、「訴訟の目的」となるものは何かということから出発し、すべて「訴の要求」には、「権利主張」が内存し、この「権利主張」が「訴訟の目的」の核心となつて、それに対し判決がなされるといふ。要するに「訴訟の目的」をもつて、原告の「権利主張」とし、それを「判決の対象」として捉える。しかし「判決の対象」としての「権利主張」は、この論文においては、その訴訟法的性格が著しく後退して実体法そのものである。(例、請求権競合の場合、一つの請求を排斥する判決の既判力は他に及ばない)

これに対し、前論文(1)では、「訴訟上の請求」とは何かということから説き起し、それは、裁判所を名宛人とし、訴訟法的性格をもつ「訴の要求」であり、個別化された「法効果の主張」を内容とするとした。「訴訟上の請求」を「訴の要求」と同義のものとすることにより、実体的内容をもつが、しかしもつぱら訴訟法的性格のものとしている。「権利主張」とは、「法効果の主張」のことに外ならない。この二つの論文は、その出発点を異にして、「訴訟上の請求」(訴訟の目的)を「権利主張」(法効果の主張)とする結論に到達している。しかしその把握の仕方が異なる。この論文においては、その実体法的性格のみが押し出され、前論文においては、もつぱらこれを訴訟法的性格のものとした。しかもこの二つの異なる理論体系が結ばれていない。それを結ぶには、実体法を裁判規範としての外、さらに、その社会規範面を取り上げること、並びに「階層の論理」の導入が必要である。この点も、また、「第三、制度的考察」において詳述する。

レントの構想には、卓れたものを見出す。しかし遺憾ながら方法がそれに伴っていない。前期(対立)二元観の宿命ともいふべきものである。

4) Lent, F., Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand, ZZP. Bd. 72, 1959, Heft 1/2.

レントの「訴訟の目的」理論には、訴訟上の請求 (prozessualer Anspruch) 訴の要求 (Klagebegehren) 権利主張 (Rechtsbehauptung) 具体的法効果 (konkrete Rechtsfolge) 等々の概念を通して、実体法的モメントと訴訟法的モメントが混在している。前期 (対立) 二元観の理論は、その間の対立を止揚すべき学問的方法を欠き、理論的整序のためには、そのいずれかに傾斜する外はない。レントは、続く論文においてさらに実体法に傾斜するに至った。民訴雑誌第七二巻 (一九五九年) に掲載された「判決対象論について」と題する論文がそれである。

この論文に先立ち、カラマンドライ教授 (イタリー) 記念論文集一九五七年に「訴訟の目的並びに既判力」と題する簡単な論文^(三七)を寄稿している。この論文の末尾が、「従つて私は裁判並びに既判力の対象は一定の具体的実体権であるとする見解を堅持しようと考え」と結むである。実体法理への完全復帰である。

(三七) Lent, Streitgegenstand und Rechtskraft (Scitti giuridici in memoria di Piero Calamandrei, 1957, Padova)

(一) この論文は、さらに詳細にその理論を展開したものである。民事訴訟における「裁判の対象」は、一般に「訴訟の目的」と同義とされているといひ、「裁判の対象」から説き起している s. 63。しかして「裁判の対象」については、異説あるも、レントは、この論文においては、それを実体権 (materielles Recht) であるとする見解に左袒し s. 66、確認判決においては、実体権の存否が有権的に確定されるとする s. 67。

(二) 次に「訴訟上の請求」について、それを裁判所に対する要請、すなわち「訴の要求」(Klagebegehren) と解するか、また、原告の「権利主張」(Rechtsbehauptung) と解するか、学説が岐れているが、元来、この両者は同一

のものでなく、^(ここに、見解の差、移が見出される)「訴の要求」は裁判並びに既判力の対象とは関連しない⁹²。「訴訟上の請求」は、その本質的内容において「権利主張」とみるべきものとする⁹³。

要するに「訴訟上の請求」は、原告の「権利主張」であり、「訴の核心」(Kern der Klage)をなす。しかしてその「権利主張」について「訴訟上の結果」(prozessuale Folge)を求める「申立」(Antrag)のための基盤を供する。すなわち原告は、裁判所に対し、その権利主張の確認(Bestätigung)を求め、裁判は、原告の申立にもとづき、その権利主張についてなされる⁹⁴。

この「権利主張」は、一義的な一定の「請求」の主張を示す⁹⁵。事件の法的性格の決定若しくはその整序(die rechtliche Qualifizierung oder Einordnung)は、裁判所に属する事項とされているが、それは、当事者に対し、その提起した実体法上の請求について「法技術的な表示」(juristisch-technische Bezeichnung)を要求していないからである^(本稿九二頁以下)。原告の権利主張は、一定の「実体法上の請求」の主張と一致するのが原則である^(三八)。しかし、この実体法上の請求が、裁判の対象となり、従つて既判力の対象となるという^(同頁)。

(三八) 原告の開示する「事態」(Sachverhalt) から複数の請求の導き出される場合であつても、実務上、多くはそれが特定されるとしている。この論文においてその事例を挙げているが、その説くところ前論文(一)と、大差がない(本稿九〇頁以下)。かくして、既判力の本質となる「不可争性」(Unangreifbarkeit)並びに「拘束性」(Bindung)は、実体権と関連すると結論している⁹⁶。実体法的既判力学説への復帰とみななければならない。

(三) 最後に「総括」(Zusammenfassung) として、次の如く述べている。

(1) 確認の訴については、実体権の存否を有権的に確定するということが、全般的に容認される。

(2) 確認判決には、第二五六条（旧民訴三五条）によるものの外、中間確認判決並びに給付の訴を理由なしとして棄却する判決が、これに属する。

(3) 「訴の要求」(Klagebegehren)と「権利主張」(Rechtsbehauptung)とは区別される。「裁判の対象」となるところのものは、「権利主張」のみである。

(4) 「権利主張」は、通常、一定の「実体権」、給付の訴においては「請求」の主張である。従つて実体法上の請求 (materiell-rechtlicher Anspruch) が、裁判並びに既判力ある確定の対象となる。

(5) この実体的請求の確定は、裁判の、既判力を欠く「理由づけ」(Begründung)ではなく、裁判の内容であり、従つてそれに既判力を生ずる。^(三九)

(6) 既判力ある確定の対象は、複数の請求の導き出される「事態」(Sachverhalt) については、裁判所が裁判することを欲し、従つて審理の対象となれるところのものに限定される。

(三九) 独民訴法第三二二条第一項（日民訴一九九条一項）の解釈として、判決理由は、既判力の客観的範囲を確定するにつき斟酌されるに止まり、それ自体について既判力を生じないとする通説に対する反駁である。わが民訴法第一九九条は、前記独民訴法の規定と異なり、旧民法証拠編第七七条を踏襲して、「主文ニ包含スルモノ」について既判力を生ぜしめる。それは判決理由のうち「主文ニ包含」される部分を指す（民訴要論三四九頁）。

(四) レントは、元来、実体法畑の学者である（その著、民法並びに民事訴訟における法条競合（一九二一）は、その最初にして、かつ最大の著作である）。

司法行為請求権説によつて代表される訴訟理論の独自性をもつて、彼の訴訟法学における学問的立場とした。レントの理論には、絶えず変動があり、思想的に遍歴しているが、畢竟するに二元観の域を脱していないのは、彼の学問的立場を示すものといえよう。

この論文は、著しく実体法に傾斜している。前論文(1)では、「訴の要求」(Klagebegehren)は、「法効果」(Rechtswirkung)の主張であり、ともに訴訟法的性格をもつとしていたが(本稿九五頁以下)、この論文では、「法効果の」主張である「権利主張」を実体法的なものとし、これを「訴の要求」から区別した。また、確定判決の既判力は、実体権と関連するという。要するに前論文(1)にては、著しく訴訟法に傾斜し、訴訟法的一元観に近付けるものが、この論文においては、実体法に近接している。この論文の「総括」(Zusammenfassung)に示されているところのものは(本稿一〇六頁以下)、ルウィック学説の復活を想わしめるものがある。

しかしレントの理論は、ヘルウィックのそれではない。さらに新たなものを見出す。一言にて竭せば、「動態的考察」とでもいふべきものである。

(1) レントは、「権利主張」の主観性を説き、「訴訟の目的」となるところのものは、「主張された権利」であつて、「真に存在する権利」ではないという(本稿二〇二頁)。まさにその通りであるが、「主観性」からさらに一步を進めて、その「主体性」を認識するならば、「実体法上の請求」に対する「訴訟上の請求」の特質が、より明快に把握されうるわけである(本稿二一〇頁)。

(2) 後の論文(2)において、レントは、同一「事態」(Sachverhalt)から数個の「実体法上の請求」の導き出され

る場合、「訴訟の目的」が単一 (Einheit) であるとして、ローゼンベルグに同調した^(本稿前段、二〇三頁)。しかし他面、請求権競合の場合、原告は、その意思によつて、数個の請求のうちの一個に特定することができる。また、それを特定しない場合、裁判所が、そのうちの一個のみを判決の基本となし、それを排斥した場合、この判決の既判力は、他の請求には及ばないとする^(本稿前段、一〇三頁)。

これは、実務の上における要請を容れ、具体的妥当を追及した処論と想われるが、理論的裏付けに足らざるものがある。要するに「訴訟上の請求」の理論的個数と手続上の実践的個数とを区別することに帰し、筆者のいう「階層の論理」を導入することによつて、その間の理論的関連を整序しうる。しかしそれは、レントの知らざるところであつた。

(3) レントは、「訴訟の目的」に関し、裁判所の専権に帰する「法律上の性格決定」(rechtliche Qualifizierung)をローゼンベルグの如く無制約のものとしなない。それは、当事者の「請求」(個別化された法効果の主張)により、限界づけられる。しかしこの場合、実体規範の相違が、すべて具体的法効果の個性 (Individualität) を変更せしめるものでないから、原告の主張する具体的法効果の個性を変更しない限り、裁判所は、当事者の主張しない規範を適用しうる^(本稿前段、註三三)。また、「訴訟の目的」は、訴訟開始の時に定まっていなければならない。しかし原告は、その請求につき、法技術的に正確な表現をなす義務を負わないという。

いずれも首肯しうる処論であるが、持ち廻つた論証で、説得性に乏しい。要するにレントの理論は、実体法の社会規範としての機能を捉え、それと裁判規範としての機能との間の間隙を整序しようとしたものと理解できる。それに

は、実体法の構造の分析と、さらに実体法の社会規範面と裁判規範面とを結ぶ「階層の論理」が必要なのであった。レントの理論には、推移がある。最初は訴訟法に、最後は実体法に傾いた。その間、思想的発展があり、また、方法論的な前進を見受けられるが、結局、前期(対立)二元論の域を脱することができなかった。この論文の「総括」に示されるところのものは、ヘルウィック学説への復帰を想わしめるものがあるが、しかしその背後には、学問方法論的な前進がある。筆者の懷抱する階層的な綜合二元観の萌芽ともいえるべきものであろう。

5) Lent, F., *Zivilprozessrecht, Ein Studienbuch*, 1. Aufl. 1947, 10. Aufl. 1961, München und Berlin. (Juristische Kurz-Lehrbücher)

学生用の教科書として執筆されているため、一応の説明に止まり、理論的根拠まで掘り下げられていない。前掲諸論文の執筆に連れ、多少ずつその内容が改められている。

(一) 第一版(一九四七年)

終戦直後昭和三年に出版された。民訴法にいう「請求」(Anspruch)は、民法の意義における請求ではなく、原告が裁判所に対してなすところの「訴の要求」(Klagebegehren)を意味する(s. 14)。しかし、単に「事態」(Sachverhalt)のみを挙げ、何等の「権利主張」(Rechtsbehauptung)を含まない「訴」は許されていない。原告の主張する「法効果」(Rechtsfolge)が審理・判決の対象となる(s. 15)。

「訴訟の目的」(Streitgegenstand)は、「事態」(Sachverhalt)若しくは個別的な「事実」(einzelne Tatsache)ではなく、常に「権利若しくは法律関係」(ein Recht oder Rechtsverhältnis)である。しかし「訴訟の目的」を特

定するには、その権利が一義的に確定されることを必要とし、それを他と区別するためには、「個別化」(individualisiert)されなければならない。また、すべて民法の意義における「請求」には、「事態」がこれに伴う。従つて「訴訟の目的」とは、一定の「事態」から導き出された「法効果」ということになる⁶⁸⁾。この「訴訟の目的」は、「事態」並びに「内容」(Inhalt)により一義的に確定される「法効果」であるが故に、それは一定の「法効果」を基礎する「実体権」(materiellen Rechte)並びにその構成要件 (abstrakte Tatbestand) と密接に結合する⁶⁹⁾。

要するに「訴訟の目的」をもつて、審理並びに判決の対象とみて、それを具体的な「法効果」だとする。しかししてこの「法効果」は、この書の説明では、実体法的性格のものと解される。これに対し、「訴訟上の請求」は、裁判所を名宛人 (Adressat) とする「訴の要求」(Klagebegehren) と解しているから、もとより訴訟法的性格のものでなければならぬ。それと「訴訟の目的」となる「権利若しくは法律関係」(具体的な「法効果」とが、理論的に、いかなる関連をもつのか、この書には、その説明を欠く。前期(対立)二元観の理論的断層である。

(二) 改訂第五版(一九五三年)

前掲論文(3)、「訴訟の目的論」(一九五三年)に続く改訂版である。民訴法の意義における「請求」並びに「訴訟の目的」に関する説明は、前版に同じ。ただ、「訴訟の目的」について、それは、真に存在するのではなく、単に「主張された権利」(das behauptete Recht)に関連する。ただし訴訟においてそれが存在しないことが判明しても、なお、その手続きには、対象(目的)をもたなければならないといひ、「訴訟の目的」が、「権利主張」(Rechtsbehauptung)であることの説明を附加している⁷⁰⁾。

(三) 改訂第八版 (一九五八年)

前掲論文(4)「判決対象論」(一九五九年)は、この版の翌年である。しかしカラマンドライ教授の記念論文集に「訴訟の目的並びに既判力」(一九五七年)を寄稿し、「訴訟の目的」に関し実体法理へ復帰する見解を発表したのは、その前年であつた。しかしこのような基礎理論の転換が、この改訂版には、一向、現わされていない。第九版(一九五九年)にても同じ。

(四) 改訂第一〇版 (一九六一年)

レントの逝去(一九〇五年)後、ヤウエルニク (Jaernig) が引き継ぎ改訂した最初のものである。この書の学説的基礎、特にレントの「訴訟の目的」理論については、重要な点において変更を加えていないと、ヤウエルニクは、その「序」に述べている。

三 ニーキッシェ (Arther Nikisch)

1) Nikisch, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1935. Tübingen

「訴訟上の請求」に関するローゼンベルグの学説に反対するレントの論文(一九三三年)に続いて、ニーキッシェは、単行論文、民事訴訟における「訴訟の目的」(一九三五年)を著わした。両者の間に割り込んだとみられる特異の見解が見出される。

ニーキッシェは「訴」(Klage)と「請求」(Anspruch)とを異別のものとする §. 49. 「訴」は、「権利保護の要請」(Rechtsschutzgesuch)であり、訴訟において、それは、原告の「申立」(Antrag)によりてなされる §. 1. 5. しかし

て「訴」には、すべて「権利主張」(Rechtsbehauptung)が含まれ、「訴」の内容として重要な意味をもつ。この「権利主張」が、訴訟法という「請求」に外ならない。§. 11。

「訴訟」における重点(Schwergewicht)は、原告の開示する「権利主張」に存する。しかし現在の形式化(Klageformulierungen)された訴訟手続の上では、「権利主張」が後退して、「申立」(Antrag)が前面に押し出され、しかもそれが「権利保護要請」(Rechtsschutzbitte)のみを含むが如くにみえる。§. 12。だが、明白にして、かつ特定した「権利主張」を欠く「訴」なるものは存しえない(同頁)。

要するにすべて「訴」は、「権利保護の要請」を開示するが、「権利主張」がそれと不可分の関係において結合し、「権利保護の要請」と、それに加えて(nebst)「権利主張」とが、ともに「申立」のうちに表明される。従つて「訴」(Klage)「訴の申立」(Klageantrag)並びに「権利主張」(Rechtsbehauptung)は、場合により、相互に轉換しても誤解を生じない関係にある。§. 13。しかしそれぞれ特異の意味をもつ。

ニーキッシュは、この三者の関係を明かにするにつき、まず「権利主張」に重点をおいている。しかしこの「権利主張」は、原告の「申立」に内含される関係にあつて、「申立」が、「訴」の「核心の部分」(Kernstück)を構成するといふ。このように、既にその理論の出発点において、二元的なものを見出す。^(四〇)ニーキッシュの理論の特異性は、その根源をここにまで遡ることができよう。

(四〇) 「訴は被告と『対立』して、裁判所に『回けて』なされる」(Die Klage richtet sich gegen den Beklagten, aber an das Gericht. Hellwig, Lehrb. III. 1. S. 2) ところが曖昧なヘルウィックの表現を引用して、これを正当なものとしてふる法規範的「訴訟の目的」とそれをめぐる諸問題 (二)

(S. 2. Note 2)。

(一) すべて「訴」は、「權利主張」を内含するが、「權利主張」は、一定の判決を求める「權利保護要請」から生じ、その「權利保護要請」の「理由づけ」(Begründung)の役割りを果たす §. 12。しかし「權利主張」が、「訴訟の対象」を構成し、これを「訴訟の目的」(Streitgegenstand) とうう(同)。

原告の「權利主張」を、「訴訟の対象」として中心的地位におく場合、それは、判決さるべき「權利若しくは法律関係」、或いは「訴をもつて主張された權利」とみる見解を生ずる §. 15。訴訟法に、そのように解せられる条文がある(独民訴六〇条(日民訴五九条)。しかしそれは、「真に存在する」(ein wirklich bestehendes)權利というわけではない。

実体權に根拠しない訴も、また存しうるのであつて、裁判所が、主張された權利の不存在を確定しても、それなるが故に、訴訟が「対象」を欠くことにはならない §. 16。原告の「權利主張」が「訴訟の目的」となる §. 17。

「既存の權利」(bestehenden Recht) と、単なる「權利主張」(bloßen Rechtsbehauptung)との差異は、その「主張された權利」の存在が、なお、不確定 (ungewiss) であるとか、或いは消極的權利主張におけるが如く、全然それが否定される点に存するのではない。原告がその存在若しくは不存在を主張する「權利若しくは法律関係」を「訴訟の目的」として開示しても、それが「明瞭」(Deutlichkeit)を欠くとはなし難い §. 18。

「權利」は、客觀法にこれを求める実存条件 (Existenzbedingungen) が与えられた場合、すなわち客觀法により、当該權利を創造する資格を与えられた「法律要件」(Tatbestand)の存在する場合においてのみ存立しうる §. 19。従つて或る權利の存在若しくは不存在を主張することは、この權利の実存条件 (成立要件) の存在を主張し、若しくは

否定することに帰し、しかしてその主張は、実体法にその成立要件を求める権利を対象とすることになる^{同頁}。単なる「権利主張」も、その開示により「実存」し、その主張された種類の権利が、現行の実体法秩序により承認されない場合であつても、それが「実存」することに渝りがない^{同頁}。

以上、ニーキッシュの説くところ、哲学における対象論(Gegenstandstheorie)であり、また、認識論(Erkennntislehre)とみるべきところのものとする。恐らく新カント学派の認識論、殊に当時、なお勢力をもっていたマールブルヒ学派の生産学説(ナトルプ)、すなわち、対象は認識のうちにおいて認識のために「生産される」(erzeugen)とする考え方が背景となつているものと思われる。しかし訴訟法学は、「事実の学問」(Tatsachenwissenschaft)に属し、その学問的対象となるところのものの実存根拠を追及するが如きことは、みずからの学問的権利範囲の外にある。訴訟法学としては、何故に「主張された権利」が「訴訟の目的」となるかの説明を必要とするのであつて、それは、現在の訴訟制度が二当事者主義訴訟構造をとることによる^(四一)。ニーキッシュは、これを問題外において、答えていない。

(四一) 本稿前段一〇一頁以下。訴と請求並びに既判力、補説一四頁以下。民訴原理第一冊四六頁、一五一頁註九。

ニーキッシュは、以上の論証から、さらに、「権利主張」の開示の「場」は、遙かに実体法秩序の領域を超え、「権利主張」そのものは、「権利」の実存条件とは無関係であるとして⁵⁵。この主張には、結論的に賛成できる。しかし、ニーキッシュは、この見解から、さらにその処論を展開しているが、それには、実体法的考察方法(Betrachtungsweise)に対する訴訟的考察方法の特異性の認識が伴われている⁵⁶。

次に、原告の「権利主張」は、「訴の申立」によりて示され、この申立には、「権利保護」の要請が含まれる。この

ことは、既判力ある裁判を求める原告の「權利主張」が、「争訟の対象」(訴訟の目的)となることを示す § 16。また、原告の「權利主張」は、「訴の申立」により示され、「訴訟の目的」となるが、さて、いかなる權利保護を求めるか、また、いかなる形式による權利保護を求めるかにより、必ずしもそれが同一でありえない § 30。従つて純訴訟法的理由にもとづいて、原告が裁判を求める「權利主張」を、他の「權利主張」と區別しうる程度に特定すべき必要を生ずる。すなわち原告は「個別化された權利主張」(individualisierte Rechtsbehauptung)を開示しなければならぬ § 30^(四二)。しかして「訴の申立」により、「個別化された權利主張」が提示されている場合を別として、「訴の申立」によりて提示される「權利主張」が、単なる「法効果」(Rechtsfolge)の主張に止まり、「個別化」されていない場合には、訴状の他の内容によりて補充する必要がある。それは、原告の「法効果の主張」を根拠づける開示(請求原因)によるものとする § 32。

(四二) ニーキッシェは、「個別化された權利主張」の提示 (Aufstellung) と「個別化された權利」の主張 (Behauptung) とは異なるという § 31. f.。原告が、「既に個別化された權利」を主張する場合には、それにより「權利主張」も、また個別化されていて、その主張する權利が、当然、他の權利から區別される。例えば特定物に対する所有權の存否の確定を求める場合の如し。その主張する權利は、「訴の申立」の開示 (Angabe) により他の權利から區別される。

しかし、「訴の申立」において、原告が単に法効果のみを主張し、その主張する「權利」の個別化に必要な「特徴」(Merkmale)を開示していない訴訟もある。このような場合には、「申立」により提示される「權利主張」は、未だ個別化されていない。その個別化には、「請求の原因」による補充を必要とする。

「訴訟」において、原告は、その主張を支持すべき「理由」(Gründe)を開示しなければならない。しかしこの「理由づけ」(Begründung)は、単にその「権利主張」を正当化することの外、なお、それを個別化して、他の同一内容の「権利主張」と区別せしめる二重の機能をもつ⁶³⁾。しかし法効果が主張される場合には、実体法による個別化には、その「成立根拠」(Entstehungsgrund)が役立つのであるから、訴訟における「権利主張」の個別化には、その「権利主張」が導き出される原因(請求の原因)の開示を必要とする(同頁)。

この場合、訴訟における「権利主張」の個別化は、それにより、特定の実体権を再現せしめるものであることを要しない。「申立」と相待ち「権利主張」を個別化するところの「成立根拠」は、法秩序が、その存在を当該権利の成立に結び付けた「事実」(Tatsache)であつて、「権利主張の理由づけ」(Begründung)とは区別される^(四)。訴訟において、当事者は、具体的な「権利主張」の提示によつて「訴訟の目的」を特定し、かつその「権利主張」の正当性の生ずべき「事実」(Tatsachen)を裁判所に提出すべく、裁判所は、それによつて、その権利主張が適切であるか否かを裁判する⁶⁴⁾。しかし、その裁判は、実体法の適用(Rechtsanwendung)による⁽⁵⁾。

(四三) 当事者は、その「権利主張」につき、客観法上、その主張するが如き内容の権利をもたらしえないような「理由」を挙げることもありうる。この場合であつても、その「権利主張」は、「理由づけ」として陳述された「事態」(Sachverhalt)により充分に個別化されている。しかし民法秩序のうちのいかなる権利にも対応しないだけである⁶⁵⁾。

要するに、「訴訟」における「権利主張」は、手続の秩序ある遂行のため、それに対する裁判のため、またその裁判の訴訟的効力を定めるためには、別訴の可能な他の「権利主張」から区別されうる程度において、その特徴を表示

(kennzeichnen) すれば足りる。原告が一定の実体権を主張することは、必要とされていない⁹³。原告が既判力ある裁判を求めるため提示するところの「権利主張」は、訴訟法に属する⁹⁴。

ニーキッシュのいうところ、「権利主張」の「成立根拠」(Entstehungsgrund)と「理由づけ」(Begründung)とを区別し、「訴訟の目的」となる「権利主張」は、「訴の申立」と、その「成立根拠」とによつて特定され、「理由づけ」は、それと関係しないというにある。「訴の申立」によりて提示される原告の「権利主張」につき、その「成立根拠」と「理由づけ」とを区別したところに、ニーキッシュの理論の特異性がある。しかしてそこに理論的断層を見出す⁹⁵ (後述)。

(二) 次に「訴訟上の請求」(Der prozessuale Anspruch)に移る⁹⁶。訴訟法は、各所に「請求」(Anspruch)の術語を使用しているが、その定義を示していない。しかし「請求」が、「訴訟の対象」(訴訟の目的)を構成するものとしてゐることは確かである⁹⁷。しかして普通法的思惟の下にては、アクチオ(actio)をもつて、「裁判上追及しうる請求」(gerichtlich verfolgbarer Anspruch)と理解したのであるが、「裁判上の追及」に重点をおく者は、それを「権利保護の請求権」(Anspruch auf Rechtsschutz)と理解し、また、実体法的側面に重点をおく者は、「法律上保護される請求権」(rechtlich geschützten Anspruch)とした⁹⁸。しかし「権利保護の請求権」は、「訴権」に属し、「請求権」と区別すべきことが、現在では一般に承認されている⁹⁹。

しかして民事訴訟法(一八七七年)の成立の頭初には、例外なく、「訴訟の目的」をもつて、「私法上の請求権」としてゐたが、確認の訴、創設の訴が現われ、私法上の「請求」概念ではカバーしえなくなり、新たな解釈を必要とするに

至つた s. 45。一般的に妥当する方法をもつて「争訟の対象」を示すには、「民訴法上の請求」(Anspruch der ZPO)をもつて、「原告により提示された権利主張」(die vom Kläger aufgestellte Rechtsbehauptung)を理解しなければならぬ(s. 45)。

以上、「民訴法の請求」概念に対立する見解がある(s. 46 f.)。それは、「訴訟上の意義における請求」(Anspruch im prozessualen Sinne)をもつて、原告が、判決による権利保護を獲得すべく裁判所に対してなすところの「要求」(Begehren)すなわち「訴」判決若しくは権利保護の要求」(das Klage-, Urteils-, oder Rechtsschutzbegehren)であるとする。要するに、「訴訟上の請求」をもつて、民法上の「請求」とは全く別個のものとし、それは、何等の実権を示すものでなく、また、原告の「権利主張」とも関係しない。それとは異なつた原告の裁判所に対する「要求」(Verlangen)であるという。

このように、「訴訟上の請求」概念をもつて、「民法上の請求」概念と平行するものとする場合、それは、国家若しくは裁判所を「名宛人」(Adressat)とする「公法上の請求権」(publizistischer Anspruch)といふことになる(s. 47)。この請求権をもつて、原告に有利なる判決を求める権利とする場合、それは、このような判決を正当化する訴訟外の「法律要件」(ausserprozessuale Tatbestand)に条件づけられ、「訴」においては、頭初、単に「主張せられたもの」として(nur als behaupteter)現われるに止まる。いわゆる「権利保護請求権」(Rechtsschutzanspruch)がそれである。また、原告の単に「裁判を求める請求権」(Anspruch des Klägers auf Entscheidung schlechthin)すなわち訴の提起による権利保護要請に対する「訴訟法に従う解決」(prozessordnungsmässige Erledigung)を求める請求

権とする場合、このような請求権は、理由なくして訴を提起した者にも属することとなる。「司法行為請求権説」(Anspruch auf Rechtspflege)といわれるところのものである。

これ等の権利は、これを「訴若しくは権利保護」の要求 (Klage- oder Rechtsschutzbegehren) と称することができよう (S. 49)。民訴法の「請求」が、このようなものを指していないことは明かである。「訴」と「請求」とは異なる (同頁)。また「請求」(Anspruch) と「争訟事件」(Streitsache) とは同義異語 (Synonyma) である。「請求」と「訴訟の目的」についても同様である。「請求」が、「訴訟の目的」を構成する (S. 50)。(四四)

(四四) 「訴訟の目的」とは、具体的訴訟における審理・判決の対象を指す「具体的一般概念」であり、「訴訟上の請求」は、特定訴訟における主体的な権利関係 (本稿「一」八頁) を指す「具体的個別概念」である。一般に、この差異が明かにされていない。

(三) 続いて「請求の理由づけ」(Die Begründung des Anspruchs) について述べる (S. 55 ff)。ニーキッシュは理論の骨組みともみるべきものである。

原告は、訴訟において「権利主張」をなすに止まらず、さらにそれを理由づける必要がある (S. 55)。しかし「理由づけ」(Die Begründung) は、「請求」を正当化するが、それを特定するものでない (S. 55)。請求を特定するための「個別化」は、その「成立根拠」(Entstehungsgrund) に遡るのであるが (前出)、例えば給付請求におけるが如く、「訴訟上の請求」を一義的に特定するには、その「理由づけ」を欠きえない場合もある。訴訟法は、訴状に「請求の原因」(理由づけ) の開示を必要としているが、それは「請求」を明瞭ならしめるためであつて、その正当性を審査するためのものでない (S. 58)。

原告がその「請求」を理由づけるには、事実上並びに法律上の「主張」(Behauptung)による。しかしそれについて、別段に既判力ある裁判を求めるのではない⁵⁸。原告は、訴の基礎となる事件の経過 (Vorgang) について、個人的な解釈 (Aufassung) を陳述する。それは、一方的なものであるから、審査されなければならない。

この「主張」は、原告により、その「請求」を理由づけるため、すなわち「訴訟の目的」を構成する「権利主張」の正当性を証明するためになされる⁵⁹。しかしてこの「権利主張」が、「権利保護要請」を理由づけるのであるから^{前出}、ここに「三重の段階」(dreifache Stufenfolge)を生ずる。「権利保護要請」——その理由づけとなる「権利主張」若しくは「請求」——その請求が理由づけられる「陳述」(Anführungen) がそれである。しかして最後の「陳述」は、間接に「権利保護要請」従つて「訴」を理由づける^{同頁}。

しかして「理由づけ」(Begründung) は、もつぱら「請求」を正当化するに止まり、それに内含される「主張」は、たとい法的性格のものであつても、既判力ある裁判の対象とならない。それは、「請求」に属するのではなく、「請求」の理由づけに役立つものだからである。例えば、被告は原告に属する物の引渡の義務があるとの主張 (請求) を理由づけるための「所有権の主張」の如し⁶⁰。要するに、「権利主張」が、既判力ある裁判の対象とされるか否かは、それが「申立」に内含されるかどうかによる^{同頁}。

原告は、「請求」を理由づけることにより、その「権利主張」の正当性を証明する。訴訟法の用語に従えば^{(独民訴三三、原告の事実上の陳述が、「訴ノ申立ヲ正当化スル」(den Klageantrag rechtfertigen) ことであり⁵⁸、この場合、裁判所は、原告の申立に従つて裁判する。}

しかし提示された「理由づけ」が、その「権利主張」の正当性につき、裁判所に確信をもたしめるに充分であるか否かは、別問題である s. 88。「訴」が、客観法に従い理由づけられているか否かの審査は、「法の適用」(Rechtsanwendung)の行為として、裁判所の専権に属する s. 61。

原告は、「訴」において「請求原因」(Anspruchsgrund)を開示しなければならない s. 61。しかし「訴訟上の請求」が原告の開示する「事実」(Tatsachen)から、導き出される場合においてのみ、実体法上、理由ありとされる s. 83。要するに「請求原因」を構成するところのものは、「事実」(Tatsachen)である s. 83。

(四) 「訴訟上の請求」の単数と複数について、ニーキッシュは、「権利保護要請」の個数が、「請求」の個数を決定するという s. 83。要するに原告の「権利主張」は、「訴の申立」から引き出され、しかしてこの「訴の申立」には、同時に「権利保護の要請」が含まれることが、その根拠となつている。実体法の面からいえば、「法律要件」ではなく、「法効果」を基準とすることに帰する。

このように「権利主張」の個数は、「権利保護要請」の個数と一致するのであるから、「権利主張」が一個であつて、数個の「権利保護要請」をなすことは存しえない s. 83。尤も数個の「権利主張」が同一内容をもつ場合もありうるが、それなるが故に一個の「権利主張」となるものでなく、依然として数個の「権利主張」が存する。それは、「権利保護要請」が、「請求」についてではなく、権利保護の形式について異なる場合である。例えば給付請求並びに創設請求につき、給付並びに創設判決の外、単なる確認によりても権利保護を与えうる。(四五)ここにも、訴訟における「権利主張」と実体法上の「権利」との間の差異を見出す (s. 84, Note 1)。

(四五) この場合、権利保護の利益（即時確定の利益）の欠缺により、確認請求の排斥せられるのは、これと別個の問題である。殊に創設請求に代わる確認請求は一般的に認め難いと考える（民訴原理第一冊二四八頁以下）。

要するに複数の「権利保護要請」には、複数の「請求」を伴う§ 8。しかして「権利保護要請」が一個であるか、数個であるかは、「訴の申立」によつて一個の裁判を求めるか、或いは数個の裁判を求めるかによつて區別される§ 90。一個の「申立」のうちに、数個の独立した「権利保護要請」の隠されているか否かを判断するには、その「理由づけ」(Begründung)を斟酌しなければならない(同頁)。

例えば原告が被告に対し四〇〇マルクの支払を請求し、うち一〇〇マルクは売買により、また三〇〇マルクは消費貸借により、被告が債務を負うことを理由とした場合、二個の裁判を求めるのであるから、明かに二個の異なる「権利主張」がなされている§ 90。これは「訴訟上の請求」の複数 (Mehrheit prozesualer Ansprüche) の場合であつて、重複して理由づけられた一個の請求 (ein mehrfach begründeter Anspruch) とは區別すべきものとす§ (S. 91)。

「訴訟上の請求」が複数であるか否かは、一部判決が可能であるか、どうか、その判断の基準となる§ 116。形式的な一個の「訴」により、数個の請求を提起した場合には、その一個の請求につき裁判をなすに熟すれば、一部判決 (Teilurteil) をなしうるからである (独民訴三〇二条。
日民訴一八三条)。

(五) 次に、いかなる場合に、複数の「訴訟上の請求」をもつて同一とし、また、それを異なるものとするかの問題に移る§ 118 ff.。数個の「権利主張」が、内容において異なれば、「訴訟上の請求」も、また異なる§ 121。その

裏は、同一内容の「権利主張」からは、同一の「請求」を生ずることである (§ 123)。しかして「請求」が同一であるか、異別であるかは、「請求若しくは訴の原因」(Anspruchs- oder Klagegründe) が同一であるか、異別であるかに帰する (§ 125)。

ところが、この決定的な問題、すなわち、いかなる場合に、数個の請求原因が同一であり、またそれが異別であるかは、簡単には答えられないと、ニーキッシュはいう (§ 123)。この場合、請求の理由づけに役立つ原告の陳述を、たとい僅かでも変更することが、請求原因の変更、従つて請求の変更を意味するか否かということが、特に重要な意味をもつ。また、「訴訟上の請求」並びにその「理由づけ」と、実体法並びにそれに根拠つけられる実体権との関係も、また重要な役割を演ずるといい、事例を挙げて、個別決定的な処論を展開している (§ 125 ff.)。

(六) 最後に「請求原因」の複数につき、「重疊的」理由づけ (kumulative Begründung) と「択一的」理由づけ (alternative Begründung) とに分ちて論述する (§ 140 ff.)。しかしてこの両者のみが、重複せる「請求の理由づけ」について可能な形式であるとしている (§ 140)。

続いて、これに関する主としてローゼンベルグ並びにレントの学説を批判し、次の如くに結論する (§ 141)。

原告が数個の「訴の原因」を主張する場合、裁判所が、どの原因によつてその訴を是認するかは、原告についても被告についても、大なる意味をもたない。それは、「訴の原因」において、「訴訟上の請求」が「個別化」されていなければかりでなく、給付請求、創設請求において、それが「個別化」されている場合でも同様である。例えば原告が一五〇マルクの支払を請求し、売買並びに債務の承認を理由とした場合、被告に対しての給付を命ずる判決があれ

ば、訴の目的を達成したのであつて、裁判所が、売買の「事態」(Sachverhalt)を確定しようと、また、債務承認の「事態」を確定しようと、そのいずれによつて裁判しても同じことだからである。既判力効果(Die Rechtskraftwirkung)は、もとより、この二つの場合において同一でない。前者は、原告の「売買」として表示した「事態」にもとづいて主張された「法効果」が、また、後者は、債務承認にもとづいた「法効果」が、それぞれ発生したと確定し、既判力を生ずる(S. 163)。

要するにこの場合「訴訟の目的」の範囲と既判力の範囲とが一致しないことを認める。当時として、ニーキッシュの新たな見解である。^(四六)

(四六) レントが、後に一九五二年の論文(3)にて、これと同じ見解をとつている(本稿前段一〇三頁)。

(七) ニーキッシュの理論は、レントのそれに比し複雑である。また、レントの如き思想的動揺がない。この論文から二十年を隔てて、「民事訴訟における『訴訟の目的』論」と題する論文(一九五五年)を発表しているが^(後述)、その根本的立場において渝るところが見受けられない。

ニーキッシュは、「訴」と「請求」とをもつて異別の概念とする。これは、「権利主張」と「申立」とを、ともにその理論の出発点とすることの当然の帰結といえよう。なお、「申立のうちに権利主張が含まれる」となし、その間に一種の階層関係を構想している^(後述)。

「申立」は、裁判所を名宛人(Adressat)とし、その「権利主張」について裁判を求めることを内容とする。もとより訴訟法的性格のものである。しかしてニーキッシュは、「訴訟上の請求」をもつて「権利主張」だとする。この

「權利主張」は、実体法により「理由づけ」(Begründung)を必要とするとしていのであるから、実体法的性格を帶有するものとしなければならない。しかし他方この「權利主張」は、訴訟法的性格をもつ「申立」に内含されるとする。また、「權利主張」の内容は、単なる「法効果」の主張であつて、純訴訟法的理由にもとづいて、それが個別化されることを必要とする。原告が、既判力ある裁判を求めるため提示するところの「權利主張」は訴訟法に属し、原告は、この「權利主張」につき、個別化された一定の実体権を必要とされていないという。「訴訟上の請求」、すなわち「權利主張」は、一面において実体法的性格を、また、他面において訴訟法的性格をもつこととなる。それが、「權利主張」の名宛人の不明となつて現われている。^(四七)

(四七) ニーキッシュは、「申立」の名宛人が、裁判所であることを明示しているが、「訴訟上の請求」すなわち「權利主張」については、その「名宛人」を明かにしていない。前著、「訴と請求並びに既判力」では、權利保護要請に「權利主張」が内含される点を取り上げて、この權利主張が裁判所に対してなされるものとしておいた(同六二頁)。

ニーキッシュは、「訴」に内含される「權利主張」を訴訟法的性格のものとしていゝことは、前掲の摘記によつても明かである。しかしそれが実体的内容をもちながら、その実体法的性格を切り棄てるために、二つの方法を取り上げている。その一は、「訴」による「權利主張」が「真に存在する」權利の主張ではなくして、単なる「權利主張」であるとするのであり、その二は、「權利主張」の「成立根拠」と「理由づけ」とを区別したことである。

「訴」による「權利主張」をもつて、真に存在する權利の主張でないことは、一応、承認することができる(その表現並びに根拠については、^(四八))。しかし「訴訟」において、そのいわゆる「真に存在する權利」を主張することが可能であ

るばかりでなく、「訴」による「権利主張」が、「真に存在する権利」でないことにより、直ちにそれが実体法的内容をもちながら、訴訟法的性格をもつものとする結論には到達し難い。

それに対応するため、ニーキッシェは、「訴訟上の請求」の「成立根拠」と「理由づけ」とを区別する。「訴訟上の請求」は、「権利主張」であるが、「訴」に内含される「権利主張」は、訴訟法上の理由により個別化された「法効果」の主張であつて、それは、特定の实体権の主張であることを要しない。すなわち実体法上の具体的権利の主張でないとするにより、「訴」に内含される「権利主張」の実体法的性格を否定し、訴訟法的性格のものとする。

しかして裁判所が「訴訟上の請求」を肯認するには、その「権利主張」についての「理由づけ」が必要であり、果してその訴が、客観法に従い理由づけられているか否かの審査は、「法の適用」の行為として裁判所の専権に属するという。すなわち、「裁判」における「法の適用」の段階において、「訴訟上の請求」が実体法と結びつく。

ニーキッシェの理論は、実体法を二段に使い分けることに帰する。「訴」に内含される、すなわち彼の言葉を借りるならば、「訴の申立」により提示される「権利主張」は、訴訟法上の理由により個別化された「法効果」の主張であつて、具体的な实体権であることを要しない。しかしその「個別化」が、たとい訴訟法上の理由にもとづくとしても、権利主張の内容をなす「個別化された法効果」とは、実体法上の「法効果」以外の何ものでもない。それは、実体法を適用しての法効果である。

また、他方、その「権利主張」が裁判所により肯認されるには、「理由づけ」が必要であり、その可否の審査は、「法の適用」の行為であつて、裁判所の専権に属するという。この「法の適用」とは、実体法の適用のことであり、

裁判の段階において行われる。この場合、実体法は、もつぱら裁判規範として機能する。

私法は、社会規範にして、かつ裁判規範たるの重層構造をもつ。^(四八) しかして裁判規範としての実体法は、裁判時において、裁判所により初めて有権的に適用される。これに対する社会規範としては、日常取引において既に機能している。それなるが故に「社会規範」なのである。ニーキッシュは、実体法を、もつぱら裁判規範として把握し、その社会規範の面を見落している^(この点、ローゼンベルグ、レント。その他の訴訟法学者にも共通する)。しかも、裁判規範としての実体法は、裁判時における裁判所の適用により、初めて機能するものとなし、当事者によるその適用を度外視する。「訴の申立」により提示される「權利主張」は、原告により個別化された「法効果」だとしながら、その実体法的性格を否定するのは、このような考え

方によるものとみられる。

(四八) 民法典は、国家法であるが、「社会規範」によつて基礎されるが故に、「私法」なのである。国家の裁判所により適用される裁判規範がその全部であれば、それは公法であつて私法ではない。私法に内含される社会規範と裁判規範との関係については、民事訴訟法学の基礎理論 (昭和三二年) 四四頁以下。

「訴」による「權利主張」は、ニーキッシュのいうその「成立根拠」においても、また、その「理由づけ」においても、ともに実体法的内容と性格とをもつ。しかし「訴訟」における「權利主張」として、訴訟法との連関をもたしめるには、実体法 of 社会規範としての機能を認識すると同時に、対立 (前期) 二元観を止揚した学問的立場が見出されなければならない。ニーキッシュの理論は、新たなものを求めているが、その方法において足らざるものがある。

さらにまた、ニーキッシュの理論には、「訴の申立」、「權利保護の要請」並びに「權利主張」の三者の関係を整理

する方法（若しくは学問的立場）において混乱がある。開卷第一頁、「すべて訴は権利保護要請を含む」と述べ、さらに原告の「訴の申立」のうちに、「訴」の主要な問題、すなわち「権利保護要請」と、それに加えて（subs）「権利主張」とが、ともに表明されるとしている（§ 3, 本稿）。これは、「訴訟」の成立並びに発展を原告の意志的行動（訴の申立）に求めるものであり、この学問的立場を一貫する限り、「訴権」から出発する訴訟理論となる（例、ヘルク）。しかし、ニーキッシュは、訴訟法による「訴の申立」のうちに、異質の「権利保護要請」と「権利主張」とを内在せしめるのであつて、この限りにおいては、訴訟法的二元観に通ずる学問的態度がとられている。

ところがそれに続いて、「権利主張」は、一定の判決を求める「権利保護要請」から生じ、その「権利保護要請」の「理由づけ」の役割を果たすとする（§ 14, 本稿）。これは、「権利保護要請」と「権利主張」とをそれぞれ「訴訟」における独立のモメントとみるものであつて、それは、二元観の学問的立場に通ずる。しかもこの両者が、相互に原因となり結果となるとする。この間に階層的序列は指定されていない。

しかるに他の個所では、階層関係を構想することにより、権利保護要請——その理由づけとなる「権利主張」若しくは「請求」——さらにその「請求」が理由づけられる「陳述」と「三重の段階」（dreifache Stufenfolge）を生ずるとする（§ 22, 本稿）。これは、原告の「訴の申立」に始まる「訴訟」の発展段階を示してはいない。原告が「裁判」を求めるがための「理由づけ」に内在する段階とみるべきものである。これには、シュタインと同じく「判決」を訴訟理論の「核心」（Kern）に据え、「訴訟」をもつて「判決」の形成される過程とする考察態度がとられている。この考察態度の下、実体法は、単に裁判規範として形相し、社会規範面は、その考察の領域外におかれることとなる。

「訴訟」をもつて、「判決」に向つて發展する過程となし、この立場から訴訟理論を組み立てることも、一つの学問的態度である(ゴールドシニミットの如く、もつぱら、この立場をもつて一貫することの当否は別として)。しかしその思考のヴェクトル(方向)は、「訴権」から出發する訴訟理論と相反して、一八〇度の差異が存する。ニーキッシュの理論には、この二つの相反する思考のヴェクトルがともに内在し、それが整序されることなくして、独自の訴訟理論を組み立てている。折角の「階層構造」も、理論の体系化に役立っていない。対立(前期)二元觀の限界を超えなかつた方法的行き詰りではある。

さらに、ニーキッシュは、「訴訟上の請求」の個数決定の基準を「權利保護要請」、従つてそれに対する「裁判」の単複に求める。しかし「權利保護要請」、従つて「裁判」の単複を定める基準が改めて問題となる。ニーキッシュは、一部判決が可能であるか、どうか、その判断の基準となるというが、さらにいかなる場合において一部判決が可能なのか問題とならなければならない。ニーキッシュは、それに答えていない。^{四九}

(四九) 四〇〇マルクの請求訴訟において、うち一〇〇マルクは売買を、また三〇〇マルクは消費貸借を請求原因とした場合、明かに二個の裁判を求めるのであるから、二個の「訴訟上の請求」が存するという(一部判決が可能である)。この場合、一部判決をなさない限り、形式的な一個の裁判により、被告に対し四〇〇マルクの支払を命ずる。それにも拘らず二個の裁判(実質的)だとするのは、二つの異なる請求原因(訴訟上の請求)について裁判しているからである。従つて、二つの請求原因(訴訟上の請求)が同一であるか、或いは異別のものであるか、請求の「同一性」(Identität)がさらに問題となつて現われる。ニーキッシュのいうが如く、一部判決が可能なる場合に二個の請求が存するのではない。形式的な一個の訴により異なる二個の請求がなされているが故に、一部判決が可能なのである。請求の単複を請求の同一性の問題におきかえている。

請求の個数の決定は、請求の同一性 (Identity) の決定と表裏をなす問題である^(四九)。請求の同一性は、何を基準として判定すべきか。ニーキッシュは、これについても明確な基準を挙げえないで、個別決定的な処論に畢つている。

(五〇) 請求の同一性を判定するに当り、原告の陳述の一部変更が、請求原因の変更、従つて請求の変更を意味するか否かが重要な意味をもつというが、この場合でも何を基準として「請求の変更」とみることが問題となる。

このように、請求の個数の決定、さらにまた請求の同一性の判定につき、ニーキッシュは、明確な基準を挙げることはできなかった。これは、遡れば、「純訴訟法上の理由にもとづき」、個別化された「法効果」をもつて、「訴訟上の請求」の「成立根拠」とし、その「法効果」を発生せしめる「法律要件」をそれから除外したことの当然の帰結なのである。^(五一)「法律要件」と「法効果」とが不可分の関係にあることは、ここに改めて述べるまでもない。法律要件から離れて「法効果」のみ発生することなく、「法律要件」と結んで、初めて「法効果」が特定する。従つて「法律要件」を除外して、「訴訟上の請求」の特定ということはありえない。その個数の決定、同一性の判定についても同様である。単に「法効果」ばかりでなく、「法律要件」をも加えることにより、初めて法規範的基準を見出すことができる。これ等の点、詳しくは「第三、制度的考察」に際して述べる。

(五一) 法律要件から切り離された「法効果」は、その内容が特定しない。それを基準とした場合は、いわゆる「開かれた」要件であつて、さらにそれを「閉じる」要件を必要とする。ニーキッシュが、「訴訟上の請求」の重複を決定する基準として挙げた「裁判」も同様である。「裁判」の内容は、その対象 (訴訟の目的) によつて決定されるから、「裁判」それ自体の内容は不特定であり、これまた「開かれたる」要件ということになる。

最後に、ニーキッシュは、一個の「訴訟上の請求」につき、数個の「訴の原因」の存する場合、その一つにもとづいてなした判決は、その限りに於いて既判力を生じ、他に及ばないとする。「訴訟上の請求」の「理由づけ」が実体法にもとづくとする当然の帰結である。そうすると、「訴訟上の請求」の「成立根拠」と「理由づけ」とを区別するニーキッシュの理論の下では、一個の「訴訟上の請求」の個数(範囲)と、それに対する判決の既判力の客観的範囲とが一致しないこととなる。申立てざるどころ、審理せざるどころに判決の既判力を生ぜしめることが、理論上、また実践上、非難に値すると同じく、「請求」したところに、判決の既判力を生ぜしめないことにも問題がある。この点、請求の理論的(実体的)個数と実践的(手続上の)個数とを区別し、その間に階層関係を見出すことにより、理論の整序が可能と考える。しかしニーキッシュには、そのような構想が見出されない。この点も、「第三、制度的考察」にて述べる。

2) Nikisch, A., Zivilprozessrecht, 1. Aufl., 1950, 2. Aufl., 1952, Tübingen.

教科書であるから、記述が簡明で、問題の掘り下げを欠く。第二版(一九五二年)には、一九五〇年の「統一法」^(五二)に関する説明が「追録」(Nachtrag)として加えられてあるに止まり、本文は第一版と同じ。第二版以後の改訂版は、現われていない。

(五二) Das Vereinheitlichungsgesetz vom 12. September, 1950. 米、英、仏の分割占領の結果、各地帯(Zone)にて異なつていた裁判所の構成(Gerichtsverfassung)並びに民事裁判制度(bürgerlichen Rechtspflege)につき、西ドイツ全般にわたり、その統一を原則的に回復した法律。

前述の論文(1)から十五年を隔てているが、「訴訟の目的」に関する処論には、考察態度の変化を見出さない。民事訴訟法にて、「訴訟の対象」すなわち「訴訟の目的」といえば、「訴」により「提起」(erheben)若しくは「主張」(geltend gemachten)された「請求」(Anspruch)のことである(s. 16)。「請求」の概念については、民法がウィンドシャイド説に従つて、他人に対し、「作為若しくは不作為」(ein Tun oder Unterlassen)簡約して「給付」(Leistung)を要求する権利としている(同^{一九四}項)。しかし訴訟上の請求概念(prozessualer Anspruchsbegriff)は、このような実体法概念ではカバーし切れない。それには給付請求の外、確認並びに創設請求がある。従つて若干の異なる理解を必要とする(s. 16)。

さらにまた、「訴訟の対象」は、「存在する」(bestehende)権利ではなくして、「単に主張された」(bloss behauptete)権利である(s. 16)。それ故に、原告が給付の請求を主張する場合、「請求権」それ自体ではなく、それが存在するとする原告の主張が、「訴訟の目的」を構成する。実体法上の請求権が存在しないでも、「訴訟の目的」を欠くことにはならない(同頁)。

以上の諸点を勘案するならば、民訴訟の請求(Anspruch der ZPO)とは、原告が「訴」により提示した「権利主張」であり、それについて原告は、既判力ある裁判を要求すると解すべきである。しかしてこの「権利主張」が「訴訟の目的」を構成する(s. 16)。

「訴訟の目的」は、個々の訴訟においては、「訴の申立」(Klagenantrag)により特定される(s. 16)。そのためには、「訴」により提起した「請求」を他の「請求」と区別しうる程度に明確にされた表示が必要である。すなわち、原告

が、充分に「個別化」された「権利主張」に立脚しなければならないことは、訴訟法の原則から生ずる § 103a。かくして原告は、「訴」において、「個別化」された「権利主張」を提示しなければならない § 103。しかしその「権利主張」は、必ずしも一定の実体権に結びつくものであることを要しない。給付の訴において特にそうであつて、被告に対し一定の給付を命ずる判決があれば、通常の場合、原告にとつて充分であり、それが、いかなる「法律上の観点」(rechtliche Gesichtspunkt)によつたとしても、同じことである。請求権の「個別化」には、要求する「給付」を表示し、その給付請求権を導き出すと考えられる「事態」(Sachverhalt)を提示すれば充分である(同頁)。裁判所は、その手続において確定された「事態」が、被告に給付義務ありとする結論を肯認しうるか否かを審査する。これに関し、原告ないしその弁護士が表明する見解は、裁判所を拘束しない。「裁判所は法を知る」(Jura novit curia)からである。

ニーキッシュは、ここにも、「実体法上の請求」に対する「訴訟上の請求」の独立性が存するという § 103。訴訟における「請求権競合」(Anspruchskonkurrenz)の処理は、裁判官による法律適用 (Rechtsanwendung)の問題であつて、訴訟法には、実体法におけるが如き「請求権競合」は存しない。原告の求める給付と、その権利を導き出す「事態」が同一ならば、単に一個の「訴訟上の請求」が提起されている。この場合、原告が実体法上、異なる数個の請求権に根拠を求めうるとしても、訴訟においては、数個の「法律上の観点」としての意味をもつに止まり、その枠内にて、裁判所は、提示された「事態」について裁判しうる § 103。

以上述べるところ、前掲論文(1)における結論を同じくする。しかし請求権競合の場合、裁判所が、その請求

の一つを排斥する裁判をすれば、同時に他の「請求」をも排斥したことになるとし、その設例を挙げている。裁判所は、他の「請求」についても、それが認められるか否か、提示された「事態」を審査する義務があるということを理由とする S. 186。 「請求」の範囲と既判力の客観的範囲とが一致しなければならないとする主張に屈した改説である。
(本稿八五、一)。
(〇三頁参照)

3) Nikisch, A., Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess. Archiv für die Civilistische Praxis, Bd. 154, 1955, Heft 4.

一九五四年、シュワップが、彗星の如く現われ、「民事訴訟における『訴訟の目的』」^(五三)と題する著書を公刊して、訴訟法的一元観に徹する「訴訟の目的」理論を提唱した。もつぱらこれを反駁するため、その翌年(一九五五年)、ニーキッシュが、「民事訴訟における『訴訟の目的』論について」と題して、「民事実務紀要誌」に執筆した。この論文である。

(五三) Schwab, K. H., Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1954, München und Berlin.

シュワップは、「訴訟の目的」論の構成にあたり、帰納的方法 (in induktiver Weise) をもつて、「訴訟の目的」の外、訴の併合、訴の変更、訴訟係属、並びに既判力を吟味することにより、確実なる立論の基礎が与えられ、「訴訟の目的」の概念を明確にすることができるとする (Schwab, S. 5)。このような学問的方法により到達したところのものが、「訴訟の目的」をもつて、その指定するが如き判決を求める原告の申立とする定義である (Schwab, S. 186)。
ニーキッシュは、きつこの点をとり上げ (S. 272) シュワップの処説は、「訴の要求」(Klagebegehren) をもつて、

法律のいう意味における「訴訟の目的」となすものである。しかし法律は、「訴訟の目的」をもつて、「訴」をもつて提起、若しくは「主張」された「請求」を指すといひ (§ 273、ウィンドシャイドにまで遡つて、彼の懷抱する「訴訟上の請求」概念を述べ、シュワップの見解に否定的な批判を加えている (§ 273 ff.)。

シュワップの論文は、それにも拘らず「訴訟の目的」論の發展につき、輕視できない価値をもつ。けだし見解を異にする者に対し、再検討の機会を与えるからであるといふ (§ 282)。些か皮肉な言い方ではある。しかしして個別の点については、二十年前に公表した論文に譲ることとし、ここでは、大まかに自己の見解を表明すると前置きをして、「請求」の個別化 (§ 283 ff.)、請求の単数・複数 (§ 283 ff.)、請求の同一性 (§ 284 ff.) の諸問題につき、自説を述べつつ、シュワップの処説を反駁している。前掲論文 (1) の趣旨の繰り返えしが大部分であつて、學問方法論的に、新たなものを見出さない。

最後に、ドイツ訴訟法学における「訴訟の目的」論の実情は、永い間、討議されてきたが、感服し難いものであるといふ (§ 286)。続けて曰く、多くの訴訟法学者は、法律という確実な基礎を去つて、經驗の世界に没入し、一定の基本概念 (Grundkonzeption) を追及しないで、個別決定的な解決を一般化しようとする。そこで矛盾に悩まされ、到底、統一ある「訴訟の目的」概念を立てることができない状態にある。このような印象を禁じえない。しかししてローゼンベルグ教科書の序述の如き、その顯著の事例である。「訴訟の目的」に関する彼の見解は、最近において版を重ねるに従つて異なり、畢にその概念が、彼の手元で消え失せている。 (下略)

このような不一致は、他の著書にも見受けられるのであるが、これでは、「訴訟上の請求」、若しくは「訴訟の目的」

と関連する個々の問題につき、確信ある判断はなし難い^{のさき}。この欠陥を避けるには、法律に従い、「訴訟の目的」が実体権によつて構成されることを知る必要がある。しかして原告は、訴をもつてこの実体権を主張するのであるが、法律は、それをあまりにも狭く、「請求」と規定しているから、その概念が、すべての種類の訴と、それによつて主張される権利とに適用されうるように、その意味に適える (*singemäss*) 概念の拡大を必要とする。これは、私 (*ニージュ*) が年来主張するところの見解であり、単にわが訴訟法と調和するばかりでなく、さらに、実体権若しくは実体法上の請求権が、訴をもつて裁判所に係属するとする私法秩序とも調和するところのものである^{のさき}。

かくしてニージュは、二十年前に執筆された論文(1)に比し、「訴訟上の請求」の実体法的性格を、さらに強く打ち出している。以上述べているところ、二元観の立場から、その結論において、全面的に同調しうる。ただ、それに至る理論において足らざるものあることを否み難い。対立(前期)二元観を止揚する学問的方法を見出しえなかつたことによる。

四 学説の動向

ヘルウィック、シュタインに続く時代、すなわち第一次世界大戦後において、民事訴訟法学界には、グローの司法行為請求権説が、それを単的に表明している如く、実体法学に対する民事訴訟法学の学問方法論的独立の風潮が昂まつた。「訴訟の目的」理論も、おのづからこの傾向に押される。

「訴訟」は、原告の「権利主張」の「場」であると同時に、それに対する「判決」の形成の「場」でもある。しかしてこの時代の訴訟理論は、「判決」の形成に理論の重点をおく方向に赴いた。それが、「訴訟上の請求」をもつて、

裁判所を「名宛人」(Adressat)とする「要求」(Begehren)だとする見解となり、また、「訴訟の目的」をもつば「判決の対象」として捉える傾向を生じた。^(五四)このような立場からすれば、「訴訟上の請求」は、本来的に訴訟法的性格のものでなければならない。しかしなお、その実体法的性格を全面的に捨象することができないで、「訴訟上の請求」をもつて「権利主張」といい、また、「法効果」の主張をその内容とするという。一元観と二元観との相起である。

(五四) 一九五九年のレントの論文(本稿一〇五頁以下)は、題して「裁判対象論について」(Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand)といふ。

しかし一個の「訴訟上の請求」に、訴訟法的性格と実体法的性格とを、ともに内存せしめることは、実体法と訴訟法とが、それぞれ独立の体系を構成している法制度の下にては、学問方法論上、非難に値する。それを分離するためレントは、「請求」と「請求原因」とを切り離し、ニーキッシュは、「訴訟上の請求」の「成立根拠」と「理由づけ」とを区別した。これは、同じく「訴訟上の請求」というも、それが「訴訟の目的」となる場合、「審理」の対象と「判決」の対象とに分たれることに帰し、その間に理論的断層を生ずる。

その後、レントは、その一九五九年の論文^(本稿一〇五頁以下)にて「訴訟上の請求」をもつて、本来的に実体法的性格をもつ「権利主張」とするに至り、愈々訴訟法理との間隙を深めた。ニーキッシュも、また、その一九五五年の論文^(本稿一三二頁以下)にて、同じく「訴訟上の請求」における実体法的性格を高調している。これ等は、いかに訴訟理論の独自性を主張しても、「訴訟上の請求」から、その実体法的性格を捨象しえないこと、さらにそればかりでなく、「訴訟上の請求」が、

本来的に実体法的性格をもつ「権利主張」であることの認識に到達した結果とみられる。

しかし問題はのこる。「訴訟上の請求」における実体法的性格と訴訟法的性格とを、いかに分離するかということである。レント並びにニーキッシュは、審理対象と判決対象とを分ち、或る程度、この問題を解決しているが、学問方法論上の欠陥を抱く。要するに対立（前期）二元観の理論では、解決のつかない問題なのである。それを打開するため、「訴訟の目的」から実体法的モメントを全面的に捨象する見解を生じた。訴訟法的一元観に属する訴訟法的「訴訟の目的」理論がそれである。^(五五) シュワップを頂点とし^(本篇二二)、ハーブシャイドは、それから一步を後退して^(五五)、ローゼンベルグの理論は、これに影響され、屢々改説した。しかしなお、それは二元観の域を脱していない。

(五五) わが国で、近頃、新訴訟物理論といわれるところのものである。この新訴訟物理論の名の下に、ローゼンベルグ、レント、ニーキッシュの理論をも含めていることもあるようである。しかし、シュワップ、ハーブシャイドとは、全く理論の構造を異にする。

(五六) Habscheid, W. J., Der Streitgegenstand im Zivilprozess. 1956 Bielefeld.

なお、婚姻訴訟に限定されているが、ボエティッヘルは、その「訴訟の目的」をもつて、「全体としての婚姻の解消性」(die Auflösbarkeit der Ehe too)とする。^(五七) それは、婚姻事件については、「全一的」な把握 (globalen Auffassung) を必要とするというところに根拠している。このような考え方を、「訴訟の目的」一般に拡大することも、また可能であろう。しかし、それは「訴訟の目的」につき、法規範的分析を中止し、断念するものであつて、学問方法論的には、むしろ後退を意味する。一般化し難い。

(五七) Bötticher, E., Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozess, (Festgabe Zum siebenzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg, 1949. München und Berlin) S. 92. この論文について、中田教授、形成訴訟の訴訟物 (民訴雑誌第一冊一九五四年一〇九頁以下) のうちに紹介がある。